

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**



**TESIS DOCTORAL**

**Aplicación de la tutela específica como sustitución de la indemnización  
por los daños punitivos: un análisis económico**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR**

**PRESENTADA POR**

**Camile Lima Santos**

**DIRECTOR**

**Francisco Cabrillo González**

**Madrid, 2018**

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

**Facultad de Derecho**



**TESIS DOCTORAL**

**Aplicación de la tutela específica como  
sustitución de la indemnización por los daños  
punitivos: un análisis económico**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR**

**PRESENTADA POR**

**Camile Lima Santos**

**DIRECTOR**

**Francisco Cabrillo Rodríguez**

**Madrid, 2017**



**Aplicación de la tutela específica como sustitución de la indemnización por los daños punitivos: un análisis económico**

Trabajo de investigación que presenta  
Camile Lima Santos para la obtención del  
Grado de Doctor Bajo la dirección del doctor  
Francisco Cabrillo de la Universidad  
Complutense de Madrid

Madrid, 2017

Punitive damages Law is one of the more controversial features of the American legal system. Trial and appellate courts have been struggling for many years to develop a coherent set of principles for assessing when punitive damages should be awarded, and at what level<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Polinsky, Mitchell A., Shavell, Steven, in Punitive Damages: An Economic Analysis.

|   |     |
|---|-----|
| Resumen   | 7   |
| Abstract  | 8   |
| 1. Introducción   | 9   |
| 2. Daños Punitivos  | 13  |
| 2.1 Origen.   | 13  |
| 2.2. Concepto y objetivo. Análisis económico de la institución jurídica de os daños punitivos. Propuesta de una nueva interpretación. | 17  |
| 2.3. Las funciones de la responsabilidad civil y los daños punitivos  | 31  |
| 2.3.1. La función punitiva de la responsabilidad civil cómo presuposición para fijación de daños punitivos                            | 48  |
| 2.3.2 La función preventiva de la responsabilidad civil cómo presuposición para fijación de daños punitivos                           | 55  |
| 2.3.3 El enriquecimiento sin causa como una función de la responsabilidad y presuposición para la fijación de daños punitivos.        | 68  |
| 2.4. Disposición legal  | 89  |
| 2.4.1. Brasil   | 89  |
| 2.4.1.1 Código de Defensa del Consumidor (CDC). Código Civil.   | 89  |
| 2.4.2 Estados Unidos  | 93  |
| 2.4.3 España  | 95  |
| 2.5. Requisitos necesarios a la fijación de daños punitivos   | 103 |
| 2.6. Importancia de la institución  | 116 |
| 2.6.1. Introduce eficiencia en el sistema jurídico. Reduce los daños y el número de acciones judiciales                               | 116 |
| 2.6.2. Establecimiento de un sistema de prevención óptimo (prevención)  | 118 |
| 2.6.3 Reduce problemas de costos de transacción relacionados al ingreso de acciones individuales                                      | 125 |
| 2.6.4. Aleja el enriquecimiento injustificado del actor del daño.   | 127 |

|   |     |
|---|-----|
| 2.7. Problemas  | 129 |
| 2.7.1. Análisis del dolo y de la culpa  | 129 |
| 2.7.2. Fijación del quantum. Cálculo del valor                                      | 135 |
| 2.7.2.1. Dificultad de cuantificación   | 135 |
| 2.7.2.1.1. Dificultad de cuantificación: el daño potencial                          | 145 |
| 2.7.2.1.2. Dificultad de cuantificación: el lucro                                   | 149 |
| 2.7.2.1.3. Dificultad de cuantificación: los costes de litigación                   | 153 |
| 2.7.2.1.4. Dificultad de cuantificación: otras penalidades                          | 154 |
| 2.7.2.1.5. Dificultad de cuantificación: otros incentivos                           | 156 |
| 2.7.2.1.6. Dificultad de cuantificación: posibles soluciones                        | 161 |
| 2.7.2.2. Baremo   | 165 |
| 2.7.2.3. Fijación del valor por los jurados   | 168 |
| 2.7.3. Enriquecimiento sin causa justa de la víctima                                | 169 |
| 2.7.4. Reducida prevención. Concedidos muy raramente, previsibles e insignificantes | 175 |
| 2.7.5. Revisión de los valores por los tribunales                                   | 180 |
| 2.7.6. La confusión entre el derecho civil y el derecho penal                       | 183 |
| 2.7.7. Estímulo al litigio  | 186 |
| 2.7.8. Incentivos para que la víctima no adopte el nivel de precaución ideal        | 189 |
| 2.7.9. Ineficacia. Transferencia de los costes a los consumidores y accionistas     | 190 |
| 2.7.10. No generan incentivos a la correcta asignación de responsabilidades         | 192 |
| 2.7.11. Supra disuasión (limitación de la actividad económica)                      | 193 |
| 2.7.12. Posición de privilegio y “shadow effect”                                    | 200 |
| 2.8. Soluciones propuestas por la doctrina  | 205 |
| 2.8.1. Fondo específico   | 205 |
| 2.8.2. Arbitraje  | 210 |
| 2.8.3. Transferencia de los valores a una cuenta bancaria específica                | 210 |

|  |     |
|--|-----|
| 3. Propuesta: sustitución de la indemnización punitiva por tutela específica                       | 215 |
| 3.1. Tutela específica: concepto   | 215 |
| 3.2. Análisis doctrinario y jurisprudencial de la tutela específica:                               | 221 |
| 3.2.1. Brasil: art. 497, 536 y 538 do CPC.   | 221 |
| 3.2.2. España  | 231 |
| 3.2.3. Sistemas jurídicos extranjeros  | 255 |
| 3.2.3.1. Estados Unidos e Inglaterra   | 258 |
| 3.3. Sustitución de la indemnización punitiva por una tutela específica.                           | 259 |
| 3.3.1. Constitucionalidad de la medida sustitutiva específica.                                     |     |
| Art. 24 CE, art. 51 CE y art. 50, XXXV de la CF  | 259 |
| 3.3.1.1 Principios de acceso a la justicia, amplia defensa y contradictorio y debido proceso legal | 275 |
| 3.3.2. Legitimación activa   | 277 |
| 3.3.3. Ventajas  | 292 |
| 3.3.3.1 Supera la cuestión de enriquecimiento sin causa del ofensor y de la víctima                | 292 |
| 3.3.3.2. Desvincular la problemática del cálculo del valor de la indemnización                     | 298 |
| 3.3.3.3. Alcanza con más eficacia los objetivos de los daños punitivos.                            |     |
| Genera una externalidad positiva más grande  | 302 |
| 3.3.3.4. Evita la reiteración de las demandas repetitivas, descongestionando el judicialario       | 305 |
| 3.3.3.5. Preserva el derecho a la igualdad   | 317 |
| 3.3.3.6. Aleja la apertura de causas por pedidos fraudulentos                                      | 327 |
| 3.3.3.7. Reduce el incumplimiento contractual y evita el aumento de las demandas judiciales        | 327 |
| 3.3.3.8. Introduce mayor efectividad a la legislación  | 329 |
| 3.3.3.9. Mejora el “shadow effect”   | 330 |
| 3.3.3.10. Actúa como un “decoupling”   | 335 |

|  |     |
|--|-----|
| 3.3.4. Desventajas   | 338 |
| 3.3.4.1. Desincentivo para la litigación y para el pedido de daños punitivos                       | 338 |
| 3.3.4.2. La problemática del “free rider”  | 349 |
| 3.3.5. Cuestiones procesales   | 353 |
| 3.3.5.1. ¿Acciones individuales y colectivas en curso-pérdida parcial del objeto o litispendencia? | 353 |
| 3.3.5.1.1. No enjuiciadas  | 353 |
| 3.3.5.1.2. ¿En curso- pérdida parcial del objeto o litispendencia?                                 | 355 |
| 3.3.5.1.2.1. Ordenamiento jurídico brasileño   | 355 |
| 3.3.5.1.2.2. Ordenamiento jurídico español.  | 357 |
| 3.3.5.2. ¿Necesidad de pedido expreso?   | 359 |
| 3.3.5.3. Posibilidad del juez fijar la medida sustitutiva en contrario al pedido indemnizatorio.   | 363 |
| 3.3.5.4. Posibilidad de condena por una tutela específica y daño punitivo                          | 373 |
| 3.3.5.5. Cosa Juzgada  | 374 |
| 3.3.5.6. Ejecución   | 376 |
| 3.3.6. Jurisprudencia  | 377 |
| 3.3.6.1. El caso Miller v. Cudahy Co <sup>2</sup> .  | 377 |
| 4. Conclusiones  | 380 |
| Referencias Bibliográficas   | 387 |

---

<sup>2</sup> Miller v. Cudahy, 656 F. Supp. 316, 356-57 (D. Kan. 1987), aff’d in part, rev’d in part, 858 F.2d 1449 (10th Cir. 1988).



## RESUMEN

Esta tesis constituye el análisis de la posibilidad de sustitución de los daños punitivos por una tutela específica, primordialmente en el área del derecho del consumidor. La tesis examinó la doctrina de los daños punitivos, ilustrando su origen y evolución. En seguida, revisó la teoría del análisis económico del derecho relacionado con el instituto, con el propósito de inquirir en las funciones de la responsabilidad civil, exponiendo sus objetivos principales, en concreto el propósito disuasorio, por consiguiente debiendo responsabilizar al ofensor por todo el daño causado, y de esta forma evitar el enriquecimiento injusto del responsable por el daño. Posteriormente se estudiaron las dificultades relacionadas con el tema, como el problema del enriquecimiento injusto de la víctima, y la dificultad de cálculo de la indemnización correcta para evitar la supra disuasión o la infra disuasión, por medio del estudio de fallos de la Suprema Corte americana así como de la doctrina del análisis económico del derecho y de las leyes que abordan el instituto. De la misma manera se examinaron algunas propuestas doctrinales que intentan evitar esos problemas. Como una solución para esas cuestiones, se propuso la sustitución de la indemnización punitiva por una tutela específica. En consecuencia, la tesis consideró la legitimación para la acción y el pedido de daños punitivos, así como el instituto de la tutela específica, por medio del estudio de la legislación y doctrina sobre el tema. Al final concluye con algunos ejemplos, dado que la aplicación de la reparación en forma específica en muchas acciones judiciales alcanzaría de modo más asertivo los objetivos de los daños punitivos, pues evitaría principalmente la alegación del enriquecimiento sin justa causa y el problema de la cuantificación, y facilitaría alcanzar la disuasión ideal, así como generaría en el sistema judicial un efecto positivo, reduciendo el número de acciones judiciales, una vez que repararía *in natura* las lesiones sufridas por otros consumidores que no necesitarían ir más a juicio para la tutela de su derecho. Por último, trae el ejemplo de un fallo judicial que ha determinado la sustitución de la indemnización punitiva por una tutela específica en Estados Unidos.

## **ABSTRACT**

The thesis analysed the possibility of substituting the punitive damages in a judicial statement, for a specific performance, mainly in the consumer area. First, the thesis went through the punitive damages doctrine, showing its origin and evolution. After, it studied the economic analysis of law theory regarding punitive damages, for that analysing the functions of civil liability related to the institute, demonstrating its principal goals, which is to achieve proper deterrence, by holding the injurer responsible for all the harm caused, and avoid the unjust enrichment of the offender. In the sequence it investigated the difficulties surrounding the theme, as the problem of unjust enrichment of the victim, and the difficulty of calculating the right amount in a way to avoid overdeterrence or underdeterrence, going through some of the United States Supreme Court decisions, the economic analysis of law doctrine and some laws related to the institute. It also showed some doctrinal proposals that try to avoid those problems, and its issues. As a solution for those questions, it has then suggested the substitution of the punitive damages indemnization for an specific performance. For that, the thesis studied the legitimacy to litigate, and the institute of specific performance itself, going over the legislation regarding the theme. It concluded, by using some examples, how in many lawsuits the sentences applying specific performance would be better in achieving the goals aimed by punitive damages, once it avoids mainly the problem of the unjust enrichment and the ones related on quantifying the actual indemnization, helping to achieve the ideal deterrence, and would also have a positive effect in the judicial system, by diminishing the number of law suits, once the decision would affect other consumers that had suffered the same injuries, which wouldn't need to go to court . In the end brings an exemple of a judicial decision that has substituted the punitive indemnization for an specific performance in the United States.

## 1 Introducción

El objetivo principal de la tesis es examinar *la posibilidad de sustitución de los daños punitivos por un modelo de tutela específica*. La propuesta se establece a partir de las contribuciones del Análisis Económico del Derecho y en específico de aquellas realizadas por POLINSKY y SHAVELL (1998) que establecen que los daños punitivos tienen carácter principalmente disuasorio, es decir, ejercen una función punitiva, y que deben ser fijados multiplicándose por la probabilidad inversa de ser responsabilizado, con el objetivo de internalizar los costes de la conducta dañosa<sup>3</sup>.

En primer lugar, se efectúa una revisión de la teoría de los daños punitivos y las funciones de la responsabilidad civil relacionadas con esta institución. En ese sentido, se presenta a la función disuasoria, así como la de evitar el enriquecimiento sin causa, que es clasificada como una de las funciones de la responsabilidad civil. Se destaca que con la evolución de la sociedad y surgimiento de las lesiones de grupo, las funciones de la responsabilidad civil cambiaron de importancia, sobresaliendo principalmente la función disuasoria. Por su vez, la función punitiva pierde relevancia, aplicándose apenas residualmente.

Los sistemas jurídicos brasileño y español serán evaluados, mostrando la previsión legal de los daños punitivos en esos ordenamientos. Igualmente, con relación a algunas normas legales que hacen referencia a esta institución en el ordenamiento jurídico norteamericano.

La tesis mostrará en qué medida éstos ordenamientos jurídicos ya prevén daños punitivos para evitar el enriquecimiento sin causa y alcanzar el objetivo disuasorio, y que el modo de cálculo, en esas hipótesis, es diverso del propuesto por POLINSKY y SHAVELL. En ese sentido, se analiza el artículo 42, párrafo único del Código de Defensa del Consumidor brasileño, que fija la restitución en el doble de la cuantía recibida indebidamente de forma que se pueda introducir un escenario de prevención ideal. De hecho, ¿cuáles serían los incentivos para no repetir la conducta si solamente tuviera que devolver lo que obtuviera de la víctima? Del mismo modo estudia algunos dispositivos legales del ordenamiento jurídico español, como el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1982, del 5 de mayo, la Ley 11/1986 de 20 de marzo, artículo 66 y la Ley de Propiedad Intelectual, artículo 140 que establecen la hipótesis de la

---

<sup>3</sup> A.M. Polinsky/S.Shavell, Punitve Damagaes: An Economic Analysis, Harv. L. Rev. 111(1998) 870,880.

indemnización punitiva en hipótesis de enriquecimiento sin causa por medio del cálculo de la indemnización sumándose los daños compensatorios a los lucros obtenidos.

Serán analizados algunos puntos positivos de la institución como el de incentivar la prevención ideal por medio de la internalización de los costes, el aumento del incentivo para litigar, con eso reduciendo los problemas de los costes de transacción de las demandas individuales, así como el de evitar el enriquecimiento sin causa justa del ofensor. En la secuencia se analizarán los problemas relacionados con la indemnización punitiva, como la dificultad de cuantificación del daño, lo que dificulta la creación del incentivo correcto para la disuasión, los baremos, la cuestión de la fijación de los valores por los jurados, la poca intensidad con que son concedidos, el aumento del incentivo para el enjuiciamiento de acciones, que a principio se muestra positivo, pero puede presentar problemas, la reducción de los incentivos para que la víctima adopte el nivel ideal de precaución, posible ineficacia, con la transferencia de los costes para los consumidores, y la supra disuasión.

Esos puntos son necesariamente investigados de modo a que se pueda demostrar los beneficios de sustitución de la indemnización punitiva por una tutela específica.

La institución de la tutela específica, principalmente en los ordenamientos jurídicos español y brasileño, así como a la luz de la constitución, será examinado, demostrando su relevancia y preponderancia en relación a otros tipos de tutela, como la indemnización por el equivalente.

Algunas opciones que propone la doctrina para reducir los problemas enfrentados por la institución de los daños punitivos serán observadas, demostrándose que traen puntos beneficiosos, pero no superan las ventajas de la medida sustitutiva propuesta.

El objetivo final buscado por la tesis es que la indemnización punitiva sea sustituida por una tutela específica.

Esa medida se muestra más importante en hipótesis de lesiones de masa, en que el daño es producido en fase de un grupo de personas, donde pocos van a juicio buscar la tutela de sus derechos. De ese modo no se paga por todo el daño y así no se crean los incentivos para que la parte adopte la cautela ideal, lo que acabará al final generando más lesiones, en un ciclo vicioso.

La tesis intenta probar que si los daños punitivos, en algunas hipótesis, buscan internalizar los costes, haciendo con que el ofensor pague por todo el daño causado, mejor que lo sustituya por una tutela específica, de modo a que deshaga el daño causado al grupo de consumidores, restituido in natura el derecho violado. Como ejemplo de lesiones que admiten ese tipo de sustitución enseña el presente trabajo la hipótesis de venta de coche con pieza

defectuosa. Al revés de hacer el cálculo del daño por medio del cálculo de la inversa probabilidad de la responsabilización, el fallo determinaría un “recall” de los automóviles y la sustitución de la indemnización por una tutela específica, cambiando las piezas rotas.

El trabajo demostrara que con eso muchos problemas son resueltos, como la dificultad de cuantificar el daño punitivo, pues para eso habría de calcular la posibilidad de la responsabilización, variable de difícil si no imposible cuantificación, se haciendo necesario tener conocimiento de todos los consumidores lesionados, el número de acciones en curso y además las que podrían ser posteriormente enjuiciadas. Por lo tanto, la medida al final hace con que la internalización de los costes ocurra de manera más precisa, evitando un escenario de “underdeterrence” o “overdeterrence”.

La tesis averiguará que además de ese, muchos otros son los puntos positivos de la medida sustitutiva. El cuestionamiento sobre el enriquecimiento sin causa del ofensor es superado, una vez que no se paga una cuantía a título de daños punitivos, pero sí se determina la tutela específica en favor de los demás lesionados, restaurando in natura el derecho violado. Igualmente, por no efectuar el cálculo del valor indemnizatorio, alcanza el objetivo de disuasión de modo más preciso. Otro efecto positivo dice respecto al resultado que tiene sobre el Poder Judicial. De hecho, una vez que la medida alcanza los demás consumidores lesionados, con la reparación del daño esos ya no tienen más interés jurídico en buscar la tutela judicial del derecho, lo que causa un descongestionamiento del Poder Judicial, mejorando al fin y al cabo la prestación jurisdiccional. Eso genera efectos diversos, evitando de ese modo que más lesiones ocurran, pues un Poder Judicial más célere y eficiente crea incentivos para las partes iren a juicio, pues el descuento para el futuro no reduce tanto la utilidad de búsqueda de la tutela judicial. De hecho, si el tiempo del proceso reduce la ventaja económica, y la parte solamente va a juicio cuando la utilidad es más grande que los costes, más celeridad hace con que más personas vayan a juicio tutelar sus derechos, lo que genera un incentivo a los productores y proveedores de productos y servicios de una cautela más grande.

Los incentivos para la reducción de la litigación son beneficiosos siempre que se pueda proteger los derechos lesionados. Aquí hablamos de incentivos positivos para iren a juicio buscar la tutela de otras lesiones que podrían quedar sin protección.

Así, será observado que la medida crea los incentivos ideales, pues al tiempo que reduce las demandas repetitivas, sin reducir los incentivos a la cautela, aumenta el acceso al Poder Judicial para otras demandas, mejorando la cautela en más sectores. Reduce también la ventaja de no cumplir los contratos, generando un aumento del “welfare state” con una

mayor seguridad jurídica, pues ya no se vale el pretense incumplidor del descuento para el futuro que reduce los costes en razón de la demora en la prestación jurisdiccional.

Otra ventaja de la sustitución que será demostrada en la tesis debe respecto a la reducción de los incentivos para el enjuiciamiento de pedidos fraudulentos. Como la jurisdicción no es 100% asertiva, hay una tendencia a que personas que no sean titular del derecho van en juicio intentar recibir lo que no tiene derecho. Por su vez, los incentivos son más altos siempre y cuando sea más alta la probabilidad de lucro. Con la sustitución de la indemnización punitiva por una tutela específica ese incentivo es reducido pues la posible ventaja es disminuida.

Igualmente es analizado en el trabajo la preservación del principio de la igualdad por medio de la medida sustitutiva. Como ya falló el Tribunal Supremo Español el derecho a la igualdad es violado en hipótesis de decisiones sobre un mismo hecho contradictorias. La propuesta presentada, de ese modo, respecta el principio pues alcanza en hipótesis de procedencia todos los lesionados, evitando decisiones desiguales, pues esos ya no necesitan ir a juicio en búsqueda de la salvaguarda de sus derechos. Sin embargo, si depara igualmente con la posible alegación de herimiento al principio, pues no hay prohibición a la repetición de la acción en hipótesis de improcedencia.

Otro de los puntos que será investigado dice respecto a la efectividad de la legislación, pues no basta para tanto la existencia de un Poder Judicial, ese tiene que ser efectivo y la medida hace con que más fácilmente se reconozcan los derechos violados, alcanzando muchas veces la víctima el resultado del proceso, sin que esta va en juicio.

La influencia de los fallos judiciales sobre los acuerdos también será analizada, enseñando que la medida sustitutiva, por ser más asertiva y evitar indemnizaciones más altas o bajas que lo debido, pues repara in natura el daño, tiene reflejos positivos en los acuerdos, pues se basarán en la internalización de los daños efectivos, evitándolos errores de cálculo y una eventual “underdeterrence” o “overdeterrence”.

Las desventajas igualmente serán observadas, como el desincentivo para la litigación, pues hay una reducción de la posible indemnización. Veremos que ese problema puede tener un lado positivo. De hecho, el incentivo para la litigación debe ser buscado, pero sí se puede alcanzar el mismo objetivo con menos costes sociales de litigación, mejor. Y es eso que la tesis propone: preserva el incentivo a la cautela bajando los costes sociales del proceso. La tesis demostrará que, aunque haya una reducción muchas veces los incentivos no son solamente financieros, con muchos buscando la justicia para que no se repita la acción contra si o terceros, lo que es favorecido, incluso, por la medida sustitutiva, que al final

alcanza directamente terceros. De otro lado, igualmente habrán lesiones más grandes que otras, como cuando, por ejemplo, la pieza defectuosa del coche se rompe causando lesiones. Los consumidores mantendrán incólumes el interés, pues otros derechos fueron lesionados, aunque la simple indemnización del defecto fuera baja, lo que igualmente alcanzará terceros. Además, será analizada la necesidad de pedido expreso para la concesión de los daños punitivos.

Otro punto que será estudiado y que se tendría por negativo, pero también revela un carácter positivo dice respecto al “free rider”. De hecho, la posibilidad de que la acción propuesta por un consumidor le afecte positivamente puede generar un “free rider”, con algunos lesionados evitando ir a juicio. Pero ya que la tutela judicial va a alcanzar todos los lesionados, generando el incentivo ideal de cautela, el “free rider” se muestra benéfico, pues reduce los costes sociales de la litigación sin reducir la cautela.

Al final analizamos algunas cuestiones procesales sobre el tema, como la necesidad de pedido expreso, la simultaneidad de acciones colectivas e individuales, la posibilidad de fijación de los daños punitivos o medida sustitutiva ex officio, los límites de la cosa juzgada y la ejecución. Por fin, estudiaremos sucintamente un fallo judicial en el sistema jurídico americano que aplica la teoría propuesta, sustituyendo la indemnización punitiva por una tutela específica, aunque no se utilice nuestro razonamiento.

## **2. Daños Punitivos:<sup>4</sup>**

### **2.1. Origen**

LOURENÇO establece que los daños punitivos, es decir, la fijación de indemnización extra compensatoria se remonta al “Código de Hammurabi (2000 a.C.). Posteriormente la institución también aparece en las leyes Hititas (1.400 a.C.), en el Código de Manu de los hindús (200 a.C.), en el Antiguo Testamento y en el Derecho Romano, En

---

<sup>4</sup> Adoptaremos en este trabajo las expresiones daños punitivos, punitive damages o indemnizaciones punitivas, expresiones que designan lo mismo objeto. RESEDÁ entiende que la mejor expresión sería la última, o se podría entender que el daño estaría, en realidad, castigando la víctima. Aduce el Mestre: “Decir que el daño es punitivo es dar la idea al lector menos informado que el ordenamiento jurídico estaría imprimiendo un peso más grande aún el el sufrimiento de la víctima, en la medida en que sobre ele incidiría una punición por el daño experimentado(...) Notando esa disonancia, algunos doctrinarios pasaron a llamarla de indemnización punitiva y no más daños punitivos” RESEDÁ, Salomão, in A Aplicabilidade do Punitive Damages nas Ações de Indenização por Dano Moral no Ordenamiento Jurídico Brasileiro, Tese de Mestrado, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2008. Disponible en <http://www.repositorio.ufba.br:8080/ri/bitstream/ri/12303/1/SALOM%C3%83O%20RESED%C3%81.pdf> Acceso en 01/11/2015.

Sin embargo, el mismo doctrinario al fin opta por una otra denominación, nombrándola teoría del desincentivo, entendiendo que sería la más adecuada para la institución, una vez que el desincentivo es el objetivo central de la construcción doctrinaria. RESEDÁ, idem, ibidem, p. 232.

este último se presenta dentro del ámbito de las relaciones privadas (delicta privada) cuando una persona que hubiera ofendido los derechos de otra estaba obligado a pagarle una pena pecuniaria con la finalidad de represión (obligatio ex delicto). Ese sistema substituyera la vindicta arcaica.<sup>5</sup>

KOENIG y RUSTAD sostienen que en el Nuevo Testamento la indemnización punitiva se había fijado en cuatro veces los daños compensatorios, por actos hechos con fraude.<sup>6</sup> Reconocen igualmente los escritores la presencia de los daños punitivos en el Derecho Romano, autorizando la fijación cuando de la mediación de relaciones jurídicas entre partes desiguales, como patricios y plebeyos, así como en el hipótesis de punición de personas que arbitrariamente matara o dañara los esclavos.<sup>7</sup> Había igualmente previsión de indemnización en cuatro veces el daño en hipótesis de débitos no pagados en un período de un año<sup>8</sup>

En ese mismo sentido, enseñan que las Leyes de las XII Tablas contenían la previsión de la institución, en relación a las conductas que atingían el bienestar social, con reglas que determinaban la fijación de los daños punitivos en cuatro veces el valor de los daños compensatorios, siempre que la deuda no era paga en un año, o cuando había lesión a una propiedad por un bando armado.<sup>9</sup> Explican que no es distinto el texto del Corán, igualmente con previsión de daños punitivos en la sociedad islámica.<sup>10</sup>

Aclara ENGLARD, efectuando un análisis de la evolución histórica de la institución, que interpretaciones bíblicas de algunos Rabinos ya establecían el pago por la muerte o robo de bueyes y/o ovejas en 4 o 5 veces el valor del semoviente<sup>11</sup>. Sin embargo, algunos vislumbrasen en la institución una especie de daño compensatorio, clasificándole como una hipótesis de lucros cesantes, sea por el daño moral causado por la pérdida del animal,

---

<sup>5</sup> LOURENÇO, Paula Meira, in *Os Danos Punitivos*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Volume XLIII- No. 2, Coimbra Editora: 2002, p. 1026.

<sup>6</sup> 464 U.S. 238 (1984), apud KOENIG, Thomas H. e RUSTAD, Michael L., in *In Defense of Tort Law*, New York University Press, NY:2001, p. 23

<sup>7</sup> KOENIG, Thomas H. e RUSTAD, Michael L., *idem, ibidem*, pp. 23-24

<sup>8</sup> RUSTAD, Michael and KOENIG, Thomas, in *The Historical Continuity of Punitive Damages Awards: Reforming the Torts Reformers* American University Law Review, Volume 42, 1992-1993, p. 1286.

<sup>9</sup> KOENIG, Thomas H. e RUSTAD, Michael L., *idem, ibidem*, p. 24.

<sup>10</sup> As for thieves, male or female, cutt off their means of support and favors, take away their wealth and what they have hoarded, and make their hands and strenght work...an exemplary punishment from Allah, for their serious crime and Allah mighty” 464 U.S. 238 (1984), apud KOENIG, Thomas H. e RUSTAD, Michael L., in *In Defense of Tort Law*, New York University Press, NY:2001, p. 23

<sup>11</sup> Exodus, 21, 37: Samuel II, 12, 6., apud Englard, Izhak, in *Punitive Damages - A Modern Conundrum of Ancient Origin*, Journal of European tort law, 01/04/2012, p.1-20



sea porque el animal generaría renta con su trabajo o por medio de la reproducción, la mayoría de la doctrina entendía se tratar de una indemnización punitiva.<sup>12</sup>

Igualmente, Rouhette, citando la Biblia, ya enseñaba la existencia de daños punitivos en aquél período. Según el doctrinario, consta del Book of Exodus, ch.22, verse 4 que “if that which he stole be found with him alive, either ox, or ass, or sheep: he shall restore double”<sup>13</sup>. Enseña KOENIG y RUSTAD que en *Luke* 19:8, “Zaccheus acordó en indemnizaciones en cuatro veces en hipótesis de penalidades por fraude o robo”.<sup>14</sup>

En el derecho moderno los primeros registros de la institución ocurrieron en el derecho inglés. Según FRIEDMAN, en lo que hace referencia al sistema jurídico de la common law, hace siglos que los daños punitivos están presentes en el ordenamiento jurídico<sup>15</sup>, y tuvieron origen con el objetivo de evitar la reiteración de una conducta siempre y cuando fuera practicada de un modo indignante.

Las indemnizaciones punitivas en el Derecho Inglés surgieron en el Séc. XIII<sup>16</sup>, habiendo previsión en el Statute of the Council of 1278 de la fijación de la indemnización equivalente al doble del valor establecido a título de compensación por la ofensa al derecho de la víctima. Relata BERNARDI que el Parlamento llegó a aplicar aproximadamente 65 actos que proveyeron indemnizaciones punitivas en doble, triple o hasta cuatro veces el quantum apurado a título de compensación, entre los años 1275 hasta 1753<sup>17</sup>.

Aunque haya esos registros históricos, parte de la doctrina establece el surgimiento de los daños punitivos en el derecho anglosajón solamente en el Século XVIII, y es justamente en este período que tenemos informaciones más detalladas, más específicas, sobre la institución<sup>18</sup>. Esa doctrina tiene como el origen el caso *Wilkes vs. Wood* de 1763, cuando hubo la prisión arbitraria de 49 personas por medio de la utilización de un mandato

---

<sup>12</sup> Englard, Izhak, in *Punitive Damages - A Modern Conundrum of Ancient Origin*, *Journal of European tort law*, 01/04/2012, p.1-20.

<sup>13</sup> ROUHETTE, Thomas, in *The availability of punitive damages in Europe: growing trend or non-existent concept?*, *Defense Counsel Journal*, October 2007, Volume 74, n. 4, p. 320.

<sup>14</sup> RUSTAD, Michael and KOENIG, Thomas, in *The Historical Continuity of Punitive Damages Awards: Reforming the Torts Reformers* *American University Law Review*, Volume 42, 1992-1993, p. 1285.

<sup>15</sup> Friedman, David, in *An Economic Explanation of Punitive Damages*, p. 2, disponível em <http://www.daviddfriedman.com/Academic/Punitive/Punitive.html>

<sup>16</sup> MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Souza in *Usos e abusos da função punitiva: os punitive damages na experiência do common Law e na perspectiva do direito brasileiro*. Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 188, apud RESEDA, idem, ibidem, p. 239.

<sup>17</sup> BERNARDI, Raquel Grellet Pereira, in *Moral damages in Brasil and punitive damages in the United States of America: a comparative study*, fl. 162, apud RESEDÁ, idem, ibidem, p. 239/240. (pesquisar. Não encontrei nos arquivos da biblioteca conjunta).

<sup>18</sup> Esta es apuntada como el origen de los daños punitivos por una gran parte de la doctrina que estudia el tema, como SEBOK, Anthony J., in *Punitive Damages in the United States*, em KOZIOL, Helmut e WILCOX, Vanessa (eds), *Punitive Damages: Common Law and Civil Perspectives*, Tort and Insurance Law, vol. 25, SpringerWeinNewYork, p.159

genérico. La razón fue que el periódico semanal “The North Briton” publicó artículo considerado ofensivo contra el Rei George II<sup>19</sup>. Por la conducta ultrajante hubo la condenación del ofensor en una cuantía elevada, (1.000 pounds), por medio de la más alta Corte Inglesa, The King’s Bench<sup>20 21</sup>, basándose en el entendimiento de que los valores ínfimos no alcanzarían el objetivo de evitar la repetición de la conducta ilícita. En la secuencia hubo el caso *Huckle v Money*, donde ocurrió la detención de uno de los empleados de Wilkes, tipógrafo del periódico que había criticado al Rey George II<sup>22</sup>, lo cual procesó el Estado por los mismos hechos, cuales sean, violación de domicilio, prisión ilegal y “assault”<sup>23</sup>.

Asevera SALVADOR<sup>24</sup> que la institución fue casi extinta en 1964, en la Inglaterra, debido a la decisión proferida en el caso *Rookes v. Barnard*, 1964, AC (1129), donde se entendió por la incompatibilidad con el sistema de responsabilidad civil. Se señala que la indemnización debería ser meramente compensatoria, reservándose, sin embargo, actos de gobierno siempre que opresivos, arbitrarios o inconstitucionales, así como para evitar el enriquecimiento sin causa justa del causador del daño.<sup>25</sup> Entendióse, aún, que los daños punitivos deberían ser aplicados en situaciones excepcionales, y restringidos siempre que posible, por se trataban de un remedio raro.

Según KOENIG y RUSTAD, en Estados Unidos el primer caso de daños punitivos ocurrió en 1784, *Genay v. Norris*, decisión a la que seguirán otras indemnizaciones punitivas, como el caso *Coryell v. Colbough* de 1791 igualmente fueron fijados daños punitivos en razón de promesa de casamiento quebrada, con instrucciones para el jurado fijar los daños de modo a prevenir la repetición de conducta similar en el futuro.<sup>26</sup>

---

<sup>19</sup> RUSTAD, Michael and KOENIG, Thomas, in *The Historical Continuity of Punitive Damages Awards: Reforming the Torts Reformers* American University Law Review, Volume 42, 1992-1993, p. 1287.

<sup>20</sup> RESEDÁ, idem, ibidem, p. 237-238.

<sup>21</sup> El origen de la institución es materia controvertida. RESEDÁ por diversas veces cita fallos diversos para identificar el embrión que dio nacimiento a los punitive damages. Así, a fl. 241 establece: La primera noticia que se tiene de la utilización de los punitive damages remonta al año de 1791 en el caso conocido como *Coryell v. Colbough* que tenía como cerne el no cumplimiento de una promesa de boda. Esta actitud fue considerada como intolerable para los costumbres de la época. Idem, ibidem. El propósito preventivo queda consignado en el texto, donde afirma el mismo doctrinario que la orientación concedida a los jurados era en el sentido de establecer indemnizaciones en carácter preventivo. Estos valores deberían desestimular al ofensor o cualquier otra persona a practicar acto semejante en el futuro. Idem, ibidem, p. 241.

<sup>22</sup> RUSTAD, Michael and KOENIG, Thomas, in *The Historical Continuity of Punitive Damages Awards: Reforming the Torts Reformers* American University Law Review, Volume 42, 1992-1993, p. 1287.

<sup>23</sup> Según RESEDÁ, idem, ibidem, trataba del mismo periódico que generó el caso *Wilkes v Woods*. p. 238

<sup>24</sup> CODERCH, Salvador Pablo in *Punitive Damages*, Universidad Pompeu Fabra, disponible en <https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/4/Punitive%20Damages%20Pablo%20Salvador%20Coderch.pdf>, visitado el 02 de noviembre de 2015.

<sup>25</sup> En Escocia los daños punitivos no son reconocidos. YAGUEZ, idem, ibidem, p. 35

<sup>26</sup> RUSTAD, Michael and KOENIG, Thomas, in *The Historical Continuity of Punitive Damages Awards: Reforming the Torts Reformers* American University Law Review, Volume 42, 1992-1993, p. 1291.

Así observamos que la institución de los daños punitivos no es necesariamente reciente, con presiones seculares de su imposición en otros ordenamientos jurídicos mundiales, con la función principal de disuasión, de manera evitarla repetición de la conducta ilícita dañosa.

Enseguida analizaremos el concepto de los daños punitivos, con un enfoque en la teoría del análisis económico del derecho y principalmente de la interpretación propuesta por POLISNKY e SHAVELL.<sup>27</sup> Investigaremos igualmente las funciones de la responsabilidad civil que son primordiales para el estudio de la materia, así como su relación con el concepto de daños punitivos pesquisado y adoptado en este trabajo. Esos puntos son vitales para probar al final la teoría propuesta de sustitución de la indemnización punitiva por una tutela específica.

## **2.2. Concepto y objetivo. Análisis económico de la institución jurídica. Propuesta de una nueva interpretación.**

Conceptúa RESEDÁ los *punitive damages* cómo un aumento económico en la condenación impuesta al sujeto activo del acto ilícito, en razón de su gravedad o reiteración, que va además de lo que se estipula necesario para compensar el ofendido, con el objetivo de desestimularlo, y de reducir la práctica de comportamiento semejante por parte de potenciales ofensores, asegurar la paz social y consecuente función social de la responsabilidad civil.<sup>28</sup>

Aduce que es una indemnización por la cual el sujeto activo, además de responder por los perjuicios reales causados, compensando la víctima, responsabilizase con el pago de un valor más grande. Es una manera de punir el acusado en una acción civil a partir del ideal de que los daños provocados a la persona lesionada pueden ser satisfechos por medio de la imposición de un valor añadido al considerado adecuado para sufrir la lesión provocada.<sup>29</sup>

Para él, por lo tanto, los daños punitivos, también conocidos como *exemplary damages*, tienen dupla finalidad: la primera hace referencia a castigar el causador del daño, en cuanto que la otra hace referencia a la prevención futura contra la práctica de actos semejantes. Eso asegura la armonía y la paz social, en la medida que tendrá la garantía relativa de que los ofensores no más practicarán actos semejantes al cuál fue punido.

---

<sup>27</sup> A.M. Polinsky/S.Shavell, Punitive Damages: An Economic Analysis, Harv. L. Rev. 111(1998) 870,880.

<sup>28</sup> RESEDÁ, ideb, ibidem, p. 228-229.

<sup>29</sup> RESEDÁ, SALOMÃO, in A Aplicabilidade do Punitive Damages nas Ações de Indenização por Dano Moral no Ordenamento Jurídico Brasileiro, Tese de Mestrado, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2008. Disponível em, <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/12303/1/SALOM%C3%83O%20RESED%C3%81.pdf> Acesso em 01/11/2015.

En el mismo sentido la doctrina de LOURENÇO, para la cual “los daños punitivos son una institución del *tort law*, con objetivos análogos al criminal law, con una función retributiva, característica de la justicia correctiva, y por otro lado, con una finalidad preventiva, asociada a la justicia distributiva”.<sup>30</sup>

Así, observase que para la mayoría de la doctrina los daños punitivos ejercen una dupla función: punitiva y preventiva. Por lo tanto, no solamente objetivan desestimular la práctica de una conducta ilícita, pero también punir el ofensor por el ato ilegal que generó daños

Sin embargo, aquí, proponemos una relectura, acompañando la doctrina del análisis económico del derecho, notablemente la teoría defendida por POLINSKY y SHAVELL<sup>31</sup>. Como enseña CALANDRILLO, esa doctrina ve en los daños punitivos una manera de attingir la *deterrence* necesaria, siempre y cuando el causador del daño pueda escapar a la responsabilidad por otras lesiones causadas, sin tener cualquier relación con la conducta moralmente reprobable. Así, está relacionado con la adopción, por parte del ofensor, del nivel de cuidado ideal.<sup>32</sup>

Nuestro estudio se basará principalmente en la teoría supra presentada, desde donde desarrollará la interpretación de este concepto defendido por los doctrinarios, para ofrecer una aplicación de medidas específicas que sustituyan la indemnización, de modo a alcanzar el objetivo de disuasión perseguido de manera más asertiva, generando otras ventajas relacionadas, como la reducción de demandas judiciales con la consecuente mejora de la eficiencia de la Justicia.

En ese aspecto seguimos la doctrina expuesta, por lo que proponemos una nueva interpretación del concepto de daños punitivos para alejar su aplicación con el objetivo de punición de per se, debiendo este intento ser residual, siendo el propósito principal la internalización de los costes, objetivando attingir la prevención, para que la conducta no se repita.

---

<sup>30</sup> LOURENÇO, *idem, ibidem*, p.1087 (tradução livre). Sin embargo, de la posición de la autora, buscando los daños punitivos internalizar los costes de la conducta dañosa, haciendo con que el ofensor pague por el daño causado en toda su extensión, y principalmente por medio de la institución que proponemos en esta tese, sustituyendo la indemnización punitiva por una tutela específica, se puede observar principios igualmente de justicia correctiva en la institución.

<sup>31</sup> A.M. Polinsky/S.Shavell, *Punitve Damagaes: An Economic Analysis*, Harv. L. Rev. 111(1998) 870,880.

<sup>32</sup> CALANDRILLO, Steve P., *idem, ibidem*. Entendemos que el nivel de cuidado ideal, en el derecho del consumidor brasileño es aquel adoptado tomándose por base el conocimiento científico existente, y los riesgos O nivel de cuidado ideal, de derechos del consumidor brasileño es aquel adoptado por base el conocimiento científico existente, e los riesgos inherentes al producto. (art. 12, párrafo 1o, incisos I, II y III y art. 14, párrafo 1o, incisos I, II y III de la Ley 8078/90).

Así es la posición de CALANDRILLO, que enseña que “the economic justification for punitive awards is based on the principle of creating optimal deterrence, as opposed to punishment per se”.<sup>33</sup>

Además, proponemos igualmente que los daños punitivos sean utilizados de modo a evitar el enriquecimiento sin causa justa del causador del daño, siempre que con la conducta dañosa haya un aumento patrimonial directo o indirecto. En ese aspecto igualmente busca una disuasión, pero no solamente por medio de la internalización de los costes, y si de manera a que se fije el pago de indemnización por encima del lucro, de modo a crear los incentivos debidos.

De hecho, uno de los modos de crear el incentivo correcto es imponiendo daños punitivos en la hipótesis de enriquecimiento sin causa, ateniendo sea una disuasión individual y general, sea una solamente general (en hipótesis del ofensor ya no poder repetir la conducta dañosa).

Por medio de esa teoría, la retribución deriva de la necesidad de evitar el enriquecimiento sin causa justa y prevenir la repetición de la conducta ilegal, y no solamente sancionar por el acto ilícito, cómo ocurre en el derecho penal. En el derecho penal la sanción, la retribución es un intento autónomamente buscado, un fin en sí mismo. Aquí, por otro lado, es una consecuencia de la finalidad buscada.

Así, entendemos que los *punitive damages* son principalmente una indemnización paga al ofendido por el causador del daño, con el intento de prevención y de evitar el enriquecimiento sin justa causa del causador del ilícito, y que, al fin, tiene un carácter retributivo, sancionando el actor de la acción u omisión contraria al ordenamiento jurídico, siendo residual la aplicación de la función punitiva autónomamente, con el objetivo principal de castigo.<sup>34</sup>

De ese modo, observamos dos objetivos principales en la aplicación de la institución. Sin embargo, hay que señalar que aunque veamos dos objetivos, al fin e al cabo la disuasión es la meta final buscada, por medio de la internalización de los costes de la conducta dañosa y evitando el enriquecimiento injusto.

Fijadas estas premisas, hay que analizar consecuentemente los daños con relación a sus hipótesis de aplicación, investigarlos con relación al tipo de lesión provocada.

---

<sup>33</sup> CALANDRILLO, Steve P., *idem, ibidem*, p. 817.

<sup>34</sup> Código Civil brasileiro: Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Así, es importante esclarecer que si se trata de un daño individualizado, en regla general no hay que se fijar daños punitivos, pues por medio de la compensación si atinge la disuasión necesaria, salvo en el hipótesis de obtención de lucro con la conducta, un enriquecimiento injustificado que puede ocurrir materialmente o subjetivamente (en ese último caso como en hipótesis de una conducta que genere una ventaja subjetiva a la parte, un placer en lesionar alguien que le da un beneficio más grande que la indemnización compensatoria)<sup>35</sup>.

En esos casos se hace necesaria la fijación de daños punitivos para que se atinja la disuasión necesaria, combatiéndose al mismo tiempo el enriquecimiento injustificado. Debe de ser fijado un valor de modo para que la parte efectivamente pague por el daño causado, con la reducción de su riqueza. Por ejemplo, si hay una lesión que genera un lucro igual o más grande al perjuicio sufrido por la parte, si no se fijara daños punitivos, pero meramente compensatorios, lo máximo que ocurriría sería la devolución de la cuantía que ganó con la lesión, pudiendo incluso generar lucro. Ejemplo: un banco que cobra una tarifa ilegal. Si se fijara apenas daños compensatorios, no hay disuasión, pues lo máximo que pagaría sería la cuantía que indebidamente había apropiado. Cuál sería incentivo para no repetir la conducta? No habría.

En la hipótesis de utilizar esa cuantía para hacer inversiones, si no se determina la devolución del lucro y además el pago del daño, seguiría teniendo incentivos para repetir la lesión.

Otro ejemplo que podemos observar sería en caso de violación de derecho del autor. No solamente debería pagar la compensación (el valor de la licencia), pero igual devolver el lucro, de modo a generar la disuasión y evitar el enriquecimiento injustificado.<sup>36</sup>

Esa inclusive es la previsión legal de la materia en el derecho español, como veremos, que establece al ofensor el pago por los daños y perjuicios además de la devolución del lucro obtenido con la explotación de la obra (art. 140 del Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril.<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> Excepcionalmente también en hipótesis de daño potencial, si ese podría generar un aumento patrimonial, pues una indemnización compensatoria mínima no sería suficiente para crear el incentivo de no repetir la conducta (ejemplo: productos falsificados que fueron aprendidos).

<sup>36</sup> Aquí incluso hay de cuestionar sobre la posibilidad de fijación de daños punitivos en razón del daño potencial, en hipótesis por ejemplo de aprehensión de la mercadería ante de la distribución y venta, una vez que el daño fijado podría ser pequeño para generar el incentivo ideal.

<sup>37</sup> Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril  
Artículo 140. Indemnización.

1. La indemnización por daños y perjuicios debida al titular del derecho infringido comprenderá no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener a causa de la violación de su derecho. La cuantía indemnizatoria podrá incluir, en su caso, los gastos de investigación en los

Lo mismo se debe buscar cuando la conducta generó un beneficio subjetivo, como supra señalado por el placer de causar un daño, debiendo seguir el mismo razonamiento, fijando la indemnización por el daño causado y la ventaja obtenida.

Para fines de análisis económica más detallada debemos ver la utilidad social que se extrae de la aplicación de la institución de los daños punitivos en casos de lesiones individuales. De un lado, podemos pensar en la utilidad individual de cada uno. El ofensor, al perpetrar una conducta que viola un individuo o un grupo, en una relación de masa, tiene una ventaja de 70. La víctima, a su vez, tiene una ventaja de 50 en reponer su patrimonio. Si para el violador la ventaja es mayor que la desventaja para el ofendido, podría pensarse en un resultado social positivo, o que no justificaría la imposición de daños punitivos.

Hay que señalar que, según POLINSKY y SHAVELL, cuando el daño individual se dio en razón de la conducta de haber generado una mayor utilidad que el eventual daño compensatorio a ser pago, solamente habría campo para la fijación de los daños punitivos en la hipótesis de ilicitud de la conducta nociva.

Es decir, en casos de lesiones individuales, no se vislumbrando hipótesis de evadirse la responsabilidad, solo excepcionalmente admiten POLINSKY y SHAVELL la posibilidad de aplicación de daños punitivos, cuando los eventuales beneficios obtenidos por la conducta nociva causan un placer intrínseco, y no aumentan el bienestar social en nada. Ej.: placer por el sufrimiento, por lesionar una persona.

No estoy de acuerdo con todo, en la afirmación que apenas en actos considerados socialmente ilícitos, en que no basta que la conducta perpetrada sea ilegal, pero igualmente que pretenda alcanzar un objetivo ilegal, pueden ser fijados daños punitivos.<sup>38</sup> En otras palabras, cuando la conducta no represente un beneficio social de cualquier hipótesis.<sup>39</sup>

---

que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial.

2. La indemnización por daños y perjuicios se fijará, a elección del perjudicado, conforme a alguno de los criterios siguientes:

a) Las consecuencias económicas negativas, entre ellas la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita. (...)

<sup>38</sup> Así, repudia la fijación en daños punitivos si, por ejemplo, el exceso de velocidad que ocasiona un accidente pretendía que el conductor llegara puntualmente al trabajo. POLINSKY, MITCHELL A., SHAVELL, Steven, *in Daños Punitivos: An Economic Analysis*, *idem, ibidem*, pp. 909/910. Para mí, es posible desde que no haya adoptado el cuidado ideal.

<sup>39</sup> POLINSKY, Mitchell A., SHAVELL, Steven, *in Daños Punitivos: An Economic Analysis*, *idem, ibidem*, p.910. Considero que la conducta que causa un daño siempre representa un beneficio social negativo, dado que, si se observa en general, la sociedad tiene un decrecimiento en el estado de bienestar, con incremento en los gastos como la institución de la policía, el sistema administrativo y judicial, que deben dar una respuesta a la conducta que violó el derecho de terceros, etc. Un aumento en la inseguridad, decrecimiento en el nivel de confianza en empresas, etc.

En este punto, entendemos que conductas contrarias al derecho siempre generan un perjuicio social mayor que el beneficio que pueda surgir de allí. Así, para fines de fijación de daños punitivos lo que se debe analizar es si fue adoptado el cuidado ideal, y si la conducta generó una utilidad mayor que el eventual daño compensatorio a ser pago.

En el ejemplo supra, como la ventaja es 70 y el daño es 50, debería fijar daños punitivos sumándose el daño con el lucro obtenido.

SHAVELL analizando el tema de los aspectos positivos y negativos de la observancia de las normas jurídicas, trae el ejemplo de la discusión entre Sócrates y Crito si el primero debería cumplir la pena o huir. Lo que veo es que, aunque pueda ser más ventaja para el condenado escapar la condena, para la sociedad es siempre más positivo que las normas jurídicas sean obedecidas, en razón de varias reglas y principios que optimizan el bienestar *social*, como la necesidad de seguridad jurídica, paz social, aumento del bien estar, la externalidad de la observancia de la ley, etc.

Obedecer la ley trae un efecto individual positivo, con aumento de orgullo y virtud, generando en hipótesis de la violación de las reglas un sentimiento de culpa y la posibilidad de ser castigado.

De ese modo, solamente veo como posible lo no cumplimiento de la ley o de la decisión judicial cuando ilegal o inconstitucional, pues ahí se estaría violando el ordenamiento jurídico, lo que bajaría el bienestar social <sup>40</sup>.

Trae la doctrina como posible para justificar la posibilidad de no observancia de la ley otros factores, la asimetría de información. Es decir: el hecho de que los parlamentares no tienen conocimiento de todos los factores que la pueden influenciar. Por otro lado, él mismo trae el razonamiento de que los ciudadanos no tienen todo el conocimiento de las cuestiones que llevaron a la elaboración de la ley.

Lo que extrajo de las consideraciones es la necesidad de cumplir la ley, regla general, por las razones ya levantadas, bajo pena de violación de la de la seguridad jurídica, la necesidad de aumento de la fiscalización, la externalidad por su *non compliance*, que puede

---

<sup>40</sup> Trae ejemplos variados como la adopción de las normas de seguridad para evitar incendios, en casos específicos, la cuestión de la sanción por avanzar la señal de tráfico, la posibilidad de no pagar tasas pues los objetivos de la ley no serían atendidos, el hurto de un objeto que iba a ser tirado y al final la posibilidad incluso de homicidio. Veo de manera bastante diversa esa cuestión, entendiendo que la ley debe ser siempre observada solamente permitida la violación si ilegal o inconstitucional, de manera a promover de manera más eficaz la paz social, la seguridad jurídica, externalidades positivas, reducción de policías y Cortes judiciales, de aparatos de fiscalización, preservación de la propiedad, derecho a la vida, igualdad, etc. SHAVELL, Steven in *When is Compliance with the Law Socially Desirable?*, Journal of Legal Studies, vol. 41 (January 2012)], disponible en <http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/2012-Shavell-JLS-Compliance%20with%20Law.pdf>.



generar más violaciones y el caos del sistema, admitiéndose solamente el incumplimiento si ilegal o inconstitucional, que será objeto de posible discusión judicial.

Con relación específicamente a las externalidades, la observancia de la ley en regla influencia positivamente los otros ciudadanos, y su desobediencia de manera negativa.

Igual relevancia tiene la imposición de las sanciones legales y sociales, pues si no observa la ley y no es punido, la externalidad generada es negativa<sup>41</sup>. Por otro lado, hay una externalidad positiva generada si hay una punición en el caso de su violación.

De ese modo se impone la fijación de daños punitivos para que se críen los incentivos para que la parte no repita la conducta que generó el daño. Es decir: se socialmente la conducta ilícita y dañosa es negativa para la sociedad, deben ser fijados daños punitivos para que también sea desventaja para la parte la repetición de la misma. Crear los incentivos correctos para que esa no se repitiera. Y en caso de un daño individual que generó ventaja más grande que el daño compensatorio, la ventaja y el daño deben ser valorados en la hipótesis de fijación del daño punitivo.

El análisis no se debe dar inter partes, pero si de forma que abarque todas las posibles consecuencias de legitimarse una conducta ilícita. Es decir: analizar el daño social causado.

Considerar positiva la conducta contraria al derecho, e imponer daños meramente compensatorios, (puesto en un análisis individual el provecho fue mayor que el costo), generaría necesariamente un aumento de la violencia, de la negligencia en la prestación de los servicios y abastecimiento de productos, y crisis de las instituciones con repercusión final de ineficiencia, con provecho social siempre negativo. Creo incluso que para la parte es posible que el resultado final sea negativo, pensándose en las consecuencias sociales que repercutirán en su medio (como seguridad, seguridad jurídica, paz social, etc.).

Dentro de las formas de constatar esa afirmación válida es el análisis de la relación violencia/IDH. Y, por medio del análisis de datos, se observa que el aumento de la violencia está relacionado con sociedades atrasadas social e económicamente, con IDH bajo<sup>42</sup>.

En ese sentido, la compensación del daño es siempre más positiva que la violación perpetrada, haciéndose un análisis global e incluyéndose todas las variables. Y, en

---

<sup>41</sup> De todos los modos afirma que hay una externalidad positiva con relación a la obligación moral de obedecer la ley, y negativa siempre que la violación de la ley no genere problemas en terceros.

<sup>42</sup> ¿Por qué Brasil es uno de los países mas violentos del planeta? Hay muchos factores que explican eso. Uno de ellos pasa seguramente por la siguiente tesis que se sugiere: cuanto más elevado el índice de desarrollo humano (IDH) existe menos desigualdad y cuanto menos desigualdad menos violencia acontece (y vice-versa: cuanto menos desarrollo humano mas desigualdad y cuanto más desigualdad más violencia). GOMES, Luiz Flávio, en IDH, Desigualdades y Homicidios, disponible en <http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/112352842/idh-desigualdades-e-homicidios>, acceso en 22/04/2016.

el caso de que la compensación no es suficiente para desestimular la conducta ilícita, por un enriquecimiento sin justa causa mayor o igual al perjuicio causado, <sup>43</sup>imprescindible a la fijación de daños punitivos.<sup>44</sup>

En efecto, si la consecuencia social de perpetrar una conducta ilícita siempre es negativa, el resultado individual también debe ser negativo, para que consiga lograr una sociedad más eficiente, obteniendo el desincentivo necesario, de manera que la parte tome la precaución debida y además no repita la conducta ilegal.

Tanto es así que, abstrayendo aún más la cuestión, vemos que la institución de la responsabilidad civil, y aquí agrego los daños compensatorios y punitivos, no serían suficientes para alcanzar el resultado social ideal, si no existiera el área criminal para imponer la pena adecuada a una violación de derechos con mayor gravedad. En otras palabras: distanciar el daño punitivo trae un resultado social negativo, en muchas hipótesis, así como aislar la responsabilidad penal también lo hace, por la ausencia de internalización de los costos, como suele ocurrir en las sociedades en que el grado de impunidad es elevado, pues se puede equiparar a la ausencia de derecho penal efectivo.

Saliendo del análisis del derecho penal y volviendo al derecho civil, observase que el resultado social abarca en su análisis diversos sectores, como la paz social, el derecho a una jurisdicción más ágil y eficiente, puesto que con la posibilidad de condenación la tendencia es la adopción de la precaución debida, de forma que evite conductas de esta magnitud y se vuelvan a perpetrar<sup>45</sup>, o que disminuya, consecuentemente, el número de demandas presentadas, por la disminución de los daños.

En efecto, con la posibilidad de condenación, lo que se tiene, al final, es obtener la utilidad social con el desestímulo de la práctica de la conducta lesiva<sup>46</sup>. Desde que seamos conscientes que en hipótesis de lucro el ordenamiento jurídico posibilita la imposición de sanción mayor que el daño simplemente compensatorio, la tendencia es que haya una

---

<sup>43</sup> Aquí se admite que la visión del individuo sea restringida a la repercusión individual, sin incluirse las variables externas como la seguridad jurídica, seguridad, paz social, etc.

<sup>44</sup> Aquí estamos tratando del daño punitivo en lesiones individuales o difusas que generen un aumento patrimonial igual o más grande que el daño.

<sup>45</sup> Esa desobstrucción de las vías judiciales si se da *ex ante*, como hemos dicho, y como defenderemos en este trabajo, *ex post*, si se adopta la tutela específica, siendo innecesario que muchos de los tuvieron su derecho violado se amparen de la protección judicial de forma individual, recomponiéndose los daños causados *in natura*.

<sup>46</sup> Aumentando el castigo por el delito en la forma punitiva multa o prisión, reduciendo la frecuencia con la que ocurre la ofensa.

disminución de la práctica de la conducta lesiva, por la amenaza de sanción más elevada. Habrá esta utilidad social igualmente valorada para fines de imposición de daños punitivos<sup>47</sup>.

Se establece entonces, que siempre hay una utilidad social, además de la utilidad individual, apta para justificar la necesidad de imposición de daños punitivos. El costo para la sociedad, de los daños causados, no puede ser desconsiderado en términos de análisis de utilidad y eficiencia.

De ese modo, considerando que el resultado social de una conducta que viola la ley siempre será negativo, en el ejemplo de arriba, socialmente probada la necesidad de imposición de daños punitivos, obsérvese que esta imposición desestimula la conducta del individuo, dado que en vez de ganar 70 y pagar 50 con la lesión causada, va pagar 120, pues recaerán los daños punitivos, y eso traerá consigo la adopción de la precaución necesaria y desestímulo necesario para evitar la conducta criminosa. En el mismo sentido, en lugar de pagar 30 y ganar 40 al conducir en los días prohibidos por el pico y placa, pagará 70, y a diferencia de ganar 500 y pagar 10 al colocar los productos defectuosos en el mercado, o cobrar tarifa ilegal, pagará 510.

De ese modo, desconsiderándose el resultado desde el punto de vista social, lo que por si solo indica que hay una utilidad negativa para la conducta lesiva, obsérvese, igualmente, una utilidad negativa individual, con la posibilidad de imposición de daños punitivos, lo que constituirá socialmente de forma positiva, alcanzando de manera más eficaz el desestímulo de la conducta lesiva, trayendo, ahora sí, una utilidad social.

En ese sentido es la doctrina inglesa, como vimos líneas atrás, que después de todo, cuando casi extinguió los daños punitivos, por considerar que estos serían incompatibles con la responsabilidad civil, debiendo adherirse la indemnización exclusivamente a la meta compensatoria, preservó la institución para actos de gobierno siempre opresivos, arbitrarios o inconstitucionales, y para evitar el enriquecimiento injusto del ofensor.<sup>48</sup>

La segunda aplicación de la institución tiene origen de las lesiones que atingen más de una persona, principalmente las lesiones de masa. En esos casos, muchas veces no se paga por todo el daño causado, pues muchos no van a juicio buscar su protección. Así, para

---

<sup>47</sup> FRIEDMAN afirma como uno de los puntos positivos para la fijación de los daños punitivos, el desestímulo a la litigación por el aumento de los costos procesales y de honorarios, ante el aumento del valor de la causa. Considero esta consecuencia como negativa, dado que el propósito no es disminuir la litigación en detrimento de la tutela del derecho subjetivo perseguido, pero si la disminución de las lesiones perpetradas (considerando que económicamente no será más ventajoso violar el derecho de un tercero), desestimulando la conducta ilícita, con la preservación o entrega del bien de la vida sin la necesidad de la parte de ingresar en juicio (como veremos en la secuencia).

Idem, ibidem, p. 04

<sup>48</sup> CODERCH, idem, ibidem, p. 04.

que se alcance la disuasión necesaria se hace importante que el ofensor pague por todo el daño, internalizando los costes de su conducta. Solamente así se alcanza la disuasión y prevención. En esos casos, pues, los daños punitivos deberán ser calculados con base en toda la extensión del daño ocurrido. Se puede decir, incluso, que se trata de hacer la suma de las indemnizaciones compensatorias que no fueron pagas. Por lo tanto, los daños punitivos, en esas hipótesis, corresponden al final a las indemnizaciones compensatorias no pagas. Por eso, como enseñan POLINKY y SHAVELL, deben ser calculados con base en la probabilidad inversa de la responsabilidad.<sup>49</sup>

De hecho, muchos lesionados no van a juicio postular sus derechos, por inúmeras razones- baja lesividad, costos procesales altos, hipo suficiencia técnica, lo que lleva a que la cautela adoptada sea menor que la ideal. Segundo la fórmula de HAND, la cautela é adoptada con base en el daño veces la probabilidad de condena. Si en esas lesiones la probabilidad de condena es más baja, igualmente será la cautela.

De ese modo, para alcanzar la disuasión ideal se deben fijar daños punitivos por la probabilidad inversa de la responsabilidad, internalizando todo el daño. Ese resultado representa la suma de los daños compensatórios y punitivos

Hay que observar que aquí defendemos la aplicación de los daños punitivos de manera a combatir el daño social, en su dimensión individual, aquél que alcanza muchas personas, por una conducta que atingió a un grupo. No estamos más analizando la utilización de los daños punitivos para la tutela de los daños socialmente difusos. SHARKEY anota la diferencia entre los dos:

“Societal harms can be roughly divided into two categories along a continuum: “specific harms” to identifiable individuals, and more “diffuse harms” that affect society in general<sup>50</sup>”.

Sin embargo, al proteger los derechos de un grupo, aunque individual, al final igualmente se combate el daño social posiblemente causado a la sociedad, con la determinación de reparación de las lesiones causadas.

---

<sup>49</sup> POLINSKY, Mitchell A., SHAVELL, Steven, in *Danos Punitivos: An Economic Analysis*, *idem, ibidem*. Si además del daño, ha generado lucro, hay que sumarse a ellos igualmente los lucros obtenidos.

<sup>49</sup> Igualmente se puede pensar en daño punitivo en razón de la potencialidad delictiva.

<sup>50</sup> SHARKEY, Catherine M., in *Punitive Damages as Societal Damage*, *The Yale Law Journal*, Volume 113, 2003-2004, Number 2, November 2003, p.392.

Deducen POLINSKY y SHAVELL, haciendo un paralelo entre las hipótesis en que es posible escapar a la responsabilidad, de otras en que serían siempre responsabilizados, para fines de identificar la relación daño e indemnización.

Conforme la doctrina defendida por esos doctrinarios, en la hipótesis de responsabilidad de una empresa de tratamiento de desechos tóxicos por el derramamiento de parte del residuo de forma visible, no deberían ser fijados daños punitivos, dado que la compañía no escaparía a una acción indemnizatoria, una vez que los responsables y el hecho dañoso son de fácil identificación.

Este raciocinio distancia de la empresa los incentivos necesarios para la adopción del nivel de cuidado ideal, tanto que generó el daño por medio de una acción negligente, no perfeccionado su maquinaria lo suficiente a fin de evitarlo.

En efecto, afirmar que la compañía, por ser conocida la lesión no escaparía a la responsabilidad, es una utopía. Solo eventualmente ella pagaría por todo el perjuicio causado, en razón de diversos factores como desincentivo a la litigación ante costos procesuales elevados y, para una parte de los lesionados, indemnización ínfima, incertezas con relación al monto a ser pago, revisiones judiciales, límites baremados de indemnización, difícil identificación de los lesionados y de los daños, etc.<sup>51</sup>.

Y, además, en el caso en particular, aunque toda esa ecuación fuera favorable a la compensación de los daños causados, no serían suficientes para llevar a la empresa a adoptar el nivel ideal de cuidado, tal vez por un incentivo de difícil cuantificación, como la posibilidad de valorización de la marca de la empresa que pasa a actuar en diversos sectores de la economía.

Es decir, para que se creen los incentivos correctos, deben ser fijados daños punitivos.

Sustentando su tesis, traen POLINSKY y SHAVELL igualmente la hipótesis de una explosión de un tanque de productos químicos cuya responsabilidad de la empresa sería cierta, argumentando que no deberían ser fijados daños punitivos<sup>52</sup>.

Olvidan los doctrinarios que la “disuasión general” por la existencia en el ordenamiento jurídico de la posibilidad de fijación de daños punitivos no fue suficiente para crear el incentivo necesario, tanto que el accidente ocurrió, por lo que defendemos la tesis, que mismo en estas hipótesis, los daños punitivos pueden ser fijados.

---

<sup>51</sup> En efecto, tratándose de daño ambiental, muchas veces este es de difícil identificación, solamente mostrándose visibles décadas después, en virtud de las consecuencias de la polución, así como de eventuales afectados por el hecho.

<sup>52</sup> POLINSKY, Mitchell A., SHAVELL, Steven, Daños Punitivos. An Economic Analysis, *idem, ibidem*, p. 894.

Debe observarse que distanciar la indemnización punitiva, en estas hipótesis, es traer el incentivo inverso, de falta de adopción del cuidado ideal, con la perpetración de conductas frontalmente contrarias a las normativas vigentes de seguridad, puesto que la eventual indemnización sería exclusivamente compensatoria, que muchas veces no correspondería totalmente a los daños causados.

En efecto, como se muestra en el ejemplo del caso *Exxon Shipping Co v. Baker*<sup>53</sup>, que analizaremos más detalladamente, es notorio que, aunque haya responsabilidad, muchos daños resultan sin la debida protección, sea por el valor diminuto de la posible indemnización, sea por la dificultad de identificación del daño, que puede salir a la luz años después, como en la hipótesis de desechos tóxicos, etc.

Como afirmamos anteriormente, entendemos que la responsabilidad cierta es una utopía, una vez que diversas variables son analizadas para fines de condenación, como la identificación de las víctimas y de los responsables, así como de los daños, y la efectiva cuantificación de estos, incluidos los daños materiales e inmateriales, muchas veces de difícil medición, los costos procesuales y de los abogados, las cuestiones e incidentes procesuales, que pueden concluir en un proceso sin condenación, etc. Es decir, en términos de sistema judicial se puede hablar en utopía, afirmar que la responsabilidad siempre ocurriría. En mi humilde punto de vista, siempre hay la probabilidad del culpable de escapar a la condenación.

Para los doctrinarios, como vimos, la formula para calculo de los daños punitivos es multiplicar el dano por la probabilidad inversa de la responsabilizacion, y la ventaja de aplicar esta fórmula es que además de evitar la baja disuasión, evita igualmente la súper disuasión.<sup>54</sup>

Considero que en abstracto se trata de una regla válida, siendo que esta falta por la dificultad intrínseca a su propia fórmula, cual sea, la de conseguir identificar la probabilidad de un ofensor ser responsabilizado.

En efecto, si las hipótesis en que las partes pueden escapar a la responsabilidad son variadas, ahí incluidas la dificultad en identificar el daño o los responsables, y mismo si hay un responsable, o se trata de daño ocasionado por factores externos a la actividad, como la propensión genética para el cáncer, por ejemplo (hipótesis de tabaco). ¿Cómo verificar la probabilidad de un ofensor ser responsabilizado? ¿Cómo cuantificar eso en porcentaje?

---

<sup>53</sup> POLINSKY, Mitchell A., SHAVELL, Steven, in *Punitive Damages: An Economic Analysis*, Harvard Law Review, Vol. 111, no. 04 (February 1998), p.890.

<sup>54</sup> POLINSKY, Mitchell A., SHAVELL, Steven, in *Punitive Damages: An Economic Analysis*, Harvard Law Review, Vol. 111, no. 04 (February 1998), p.890.

Entiendo, como dicho, que la posibilidad de la condena por daños compensatorios es una variable de difícil identificación, pues muchos son los factores que influyen la búsqueda por la protección de la parte en juicio, y además las decisiones judiciales ni siempre son precisas. Añádase a eso toda la necesidad de investigación de todos los procesos iniciados y terminados, etc.

Tal vez en casos puntuales pueda ser aplicada esa regla, como en la hipótesis de indemnización por los daños causados a los vehículos, luego después que un camión deja caer en la calle un ácido, contabilizándose el número de carros que pasaron en el local y tuvieron contacto con el producto. No obstante, aun así, no hay como afirmar que esa relación entre los que enjuiciaron la acción y no enjuiciaron será perfecta, dado que siempre otros podrán demandar posteriormente al juicio de la acción en análisis.

En ese sentido, no concordamos con otro ejemplo utilizado por los doctrinarios. Así, cuando POLINSKY y SHAVELL desvinculan la posibilidad de fijación de daños punitivos en la hipótesis del cirujano que olvida un instrumento quirúrgico dentro del paciente, dado que difícilmente escaparía al pago de daños compensatorios. Observo que aquí no se trata de hipótesis de lesiones de masa y más se parece con la anterior posibilidad de fijación de daños punitivos cuando la parte obtuvo lucro en su conducta, aunque indirecto.

Sin embargo, entendemos que si se comprueba que este dejó de adoptar el nivel de cuidado ideal, generando un lucro indirecto, como el trabajo en el horario no concordante con el descanso necesario y la no contratación de ayudantes, para evitar la ocurrencia de este daño, podrían ser impuestos daños punitivos, incluso que difícilmente se escapase a la condena por daños compensatorios<sup>55</sup>. Tal medida se hace beneficiosa, para que este internalice los costos de los daños perpetrados por la conducta, de manera que adopte la prevención ideal, sin causar excesiva disuasión, como entienden estos doctrinarios.

De ese modo, enfrentamos aquí las dos hipótesis en que entendemos ser posible la fijación de daños punitivos, sea en razón del enriquecimiento sin causa justa (material o subjetivo), así como en hipótesis de daños de masa, en que generalmente no se paga por toda la extensión de la lesión, haciéndose necesario internalizar los costes de la conducta ilegal para adopción de la cautela ideal.

---

<sup>55</sup> Algunas empresas tendrían el incentivo de preservar su clientela y agregar más consumidores, y este sería el incentivo para adopción de una conducta correcta. Pero en esas hipótesis, se distanciaría hasta la necesidad de imposición de daños punitivos de cualquier naturaleza, incluso lo que refleja meramente el quantum debido al título compensatorio a todos los consumidores. Aquí aventamos la posibilidad de la conducta a ser tomada en desfavor de los consumidores, sin atentar la empresa para ese incentivo específico.

Hay que señalar que en algunos casos hay una mezcla entre las dos hipótesis, pues puede el ofensor causar un daño en masa, así como obtener por ese daño un aumento patrimonial. Como por ejemplo la cobranza de una tarifa inexistente por el banco a un grupo de clientes. En esos casos hay que hacer con que se pague por el daño en toda su extensión, sin dejar de determinar la devolución del lucro por encima de la medida compensatoria.

En esas hipótesis, igualar la responsabilidad a la compensación de los daños causados puede no traer el incentivo necesario. En estos casos puntuales, se debe admitir un incremento en la condenación, puesto que solamente si todas las variables fueran identificadas con precisión, la cuantía máxima a la que podría ser responsabilizado el ofensor sería por la ganancia patrimonial obtenida. Es decir, no gastaría nada además de lo que ganó, lo mismo de aquello que debería haber desembolsado a priori.

Para aclarar la cuestión tomemos otro ejemplo, como la hipótesis de venta de carros nuevos con neumáticos de repuesto reencauchados, donde solamente después de un proceso judicial, con todas las variables identificadas e incluidas, sería el ofensor condenado a desembolsar el dinero que debería haber efectuado en un primer momento, colocando neumáticos nuevos como llantas de repuesto. Cúal sería el incentivo en adoptar la conducta correcta desde el primer momento, si siempre habría posibilidad de escapar en parte a la responsabilidad, si no hubiera imposición de daños punitivos además del simple importe compensatorio debido? No consigo vislumbrar<sup>56</sup>.

Así, en esos casos, además de calcular el dano englobando todas las lesiones, o sea, la posibilidad de escapar la responsabilización, se debe somar el lucro obtenido por el ofensor.

La punición, por su vez, me parece una de las consecuencias de los daños punitivos, pues al determinar el pago de una indemnización igualmente se alcanza la función represiva. La función punitiva de per se veo como residual, y para mí no deja de ser una manera de evitar el enriquecimiento sin causa justa en términos subjetivos, cuando la utilidad de la conducta es más grande que el valor de la compensación a ser paga

En la secuencia analizaremos separadamente algunas de las funciones de la responsabilidad civil de manera a demostrar el acierto de la opción interpretativa del concepto, objetivos y finalidades de los daños punitivos.

---

<sup>56</sup> POLINSKY, Mitchell A., SHAVELL, Steven, in *Daños Punitivos: An Economic Analysis*, *idem, ibidem*, p. 906. Inclusive, esa afirmación de la dificultad de escapar a la condena en daños compensatorios es de difícil comprobación, pues diversos son los factores que influyen la decisión de la parte en postular en juicio. O, también, la posible dificultad de la parte en tener ciencia del daño perpetrado contra sí.



### 2.3. Las funciones de la responsabilidad civil y los daños punitivos.

Diversas son las funciones de la responsabilidad civil, cómo el carácter de prevención, la función de retribución, la función compensatoria, y añadido aún la de prohibir el enriquecimiento sin causa justa del causador del daño<sup>57</sup>.

Lo que se observa es que en el sistema de responsabilidad civil las funciones no son ejercidas de manera separada. Es decir: muchas veces la responsabilidad alcanza dos o más funciones, y además, unas tienen predominancia sobre otras en razón de la demanda y los objetivos buscados.

Y eso ocurre no solamente con relación a la responsabilidad civil, pero igualmente con los sistemas de responsabilidad en general. De hecho, por ejemplo, las funciones punitivas y preventivas están siempre presentes. Cualquier sistema de responsabilidad es retributivo y preventivo. La propia sanción penal tiene ese fin: es retributiva y preventiva. Sin embargo, aunque presentes, en lo que hace referencia a la responsabilidad civil ni siempre serán las primordialmente buscadas.

Para NORONHA, la responsabilidad civil tiene “esencialmente una finalidad estática, de protección de la esfera jurídica de cada persona, por medio de la reparación de los daños causados por una tercera persona(...). Siendo esa finalidad, dita preparatoria, la primordial, la responsabilidad civil comporta otras dos funciones: la sancionatoria ou punitiva y la preventiva ....(NORONHA, 2010)”<sup>58</sup>.

Aclara LOURENÇO que “las finalidades de la responsabilidad civil son discutidas desde hace siglos, con algunas posiciones doctrinarias radicales, que sustentan su función punitiva, o solamente la finalidad reparadora, o tesis eclécticas, que admiten la conjugación de las dos funciones, con predominancia de una o de otra”.<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> Siempre que el daño haya ocasionado un aumento patrimonial directo o indirecto. Según LOURENÇO, la diferencia entre las instituciones del enriquecimiento sin causa justa y de la responsabilidad objetiva están en el hecho de que el sistema de responsabilidad civil objetiva evitar o remover el daño, llegando indirectamente a la prohibición al enriquecimiento sin causa justa. La institución del enriquecimiento sin causa intenta reprimir y evitar o enriquecimiento injustificado, reprimiendo o daño de manera indirecta. Sea pensando en el enriquecimiento sin causa cómo institución autónoma, sea cómo un de los objetivos de la responsabilidad civil que es alcanzado, mismo indirectamente, notase que se encuentran implicados. Tratándose de daños punitivos, es posible cuestionar si no habría que hacer una relectura del sistema de responsabilidad civil, pues entendemos que uno de sus objetivos principales de este es de evitar el enriquecimiento sin justa causa de la parte ex adversa. LOURENÇO, Paula Meira, *idem*, *ibidem*, p. 1102.

<sup>58</sup> NORONHA, *Direito das Obrigações*, 3a ed. São Paulo, Saraiva: 2010, apud JACOMOSSO, *O Instituto da Responsabilidade Civil: Uma Análise Teórica e Conceitual* NSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL: UMA ANÁLISE TEÓRICA E CONCEITUAL, Revista da UNIFEFE, Vol. 01, no. 11, jan/jul(2013), p. 03. (tradução livre)

<sup>59</sup> LOURENÇO, *idem*, *ibidem*, p. 1093

Se observa que no solamente la responsabilidad civil agrega diversas funciones, cómo no es pacífico igualmente cuales son las que persigue el sistema. En ese sentido, percibirse que la doctrina diverge sobre las funciones ejercidas por la responsabilidad civil, y cuáles son las predominantes. CORDECH y PALOU aseveran que en el derecho español hay la prevención y la compensación. Doctrinan:

“Conviene hacer hincapié(...) que su función básica-por decir exclusiva-es compensar daños y, segundo, que el Derecho civil ni debe ni puede tratar de evitarlos o prevenirlos(...) también en Derecho civil es mejor prevenir que remediar y, sobre todo para poder compensar correctamente antes hay que prevenir”.<sup>60</sup>

Hablando del sistema civil más arcaico, lo que se observa es que la función de compensación sería una de las principales buscadas, pues era la que generaba el litigio y la busca por la satisfacción del derecho en juicio. De todos los modos, en razón de la posibilidad de compensación la función preventiva era igualmente ejercida, una vez que conociendo la posibilidad de condena y indemnización, las personas evitaban la práctica de acciones ilegales.

De hecho, como enseña BENACCHIO:

“La función preventiva de la responsabilidad siempre objetivó impedir o retirar los incentivos para la práctica de nuevos ilícitos tanto por el propio agente responsable (prevención individual o especial), cómo por otras personas (prevención general)”.<sup>61</sup>

Además, con la compensación igualmente era satisfecha la función punitiva, pues había la retribución por la conducta que generó el daño. Por su vez, si con la lesión hubo un incremento patrimonial, la indemnización evitaba el enriquecimiento injusto del ofensor.

Así, las funciones de la responsabilidad civil no son alejadas, pero si mezclan, y por medio de la aplicación de la ley, se alcanza más de una. Además, lo que se observa es que a depender del litigio, una tendrá predominancia en relación a la otra.

De esa manera, la función punitiva de la responsabilidad civil siempre existió, pues como visto al ejercer la función compensatoria se está, de todos los modos, retribuido la ofensa al derecho. Y, igualmente, la función preventiva, pues por medio de la posibilidad de compensación se generaba un desincentivo a la práctica de una conducta ilícita. De hecho,

---

<sup>60</sup> SALVADOR CODERCH, Pablo y CASTIÑEIRA PALOU, Teresa, in *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, MADRID, MARCIAL PONS, p. 11, apud YAGUEZ, *idem*, *ibidem*, p. 118.

<sup>61</sup> BENACCHIO, *idem*, *ibidem*, p. 649 (tradução livre)

una vez que las personas sabían de la posibilidad del pago de una indemnización por el daño causado, tendrían menos incentivo a practicar la conducta ilegal.

Entiendo que esa interpretación se aplica en muchas hipótesis, primordialmente si se hablan de procesos individuales y lesiones individuales. Pero para se hablar de responsabilidad civil en la sociedad actual, hay que ampliar ese enfoque, una vez que en las relaciones de masa esa protección individual no hace con que se alcancen los objetivos buscados de forma plena. Y, en ese aspecto, entiendo que pasa a sobresalir la función preventiva cómo primordial en muchos casos.

En efecto, el cambio de la sociedad ha hecho con que la responsabilidad civil cambiara su foco, no solamente buscando la protección de derechos individuales, pero igualmente de derechos de grupos, imponiendo un sistema que atinja la prevención debida, que antiguamente era alcanzada por medio de la simples compensación de los daños. Ahora, se impone una nueva interpretación del sistema, de modo a combatir las lesiones de masa. Por lo tanto, la compensación individual muchas veces ya no alcanza la protección debida y necesaria, haciéndose imprescindible la imposición de daños punitivos para que la prevención sea satisfecha.

Así, la respuesta para la protección de los derechos no se resume a la compensación, pero se amplía, por medio de las funciones preventivas, de modo a que se proceda a la internalización de los costes, donde se alcanza de manera indirecta la retribución, que es diversa de la buscada por medio de la prevalencia de la función punitiva, como un fin en si misma<sup>62</sup>.

Según explica ROBREDO:

“la sociedad actual tiende a buscar la seguridad en todos los ambientes en que se mueve el individuo. Esta tendencia ha llevado a que la compensación de la víctima no sea la única función del Derecho de daños. Se busca disuadir a la persona responsable del daño, y a otros, para que no tome parte en el futuro en actividades o comportamientos que lesionen a un tercero. La función disuasoria no va, únicamente, dirigida al demandado del caso concreto, sino que pretende ser un mensaje dirigido a la sociedad.”<sup>63</sup>

---

<sup>62</sup> En sentido opuesto: BENACCHIO, *idem, ibidem*, p. 651-652

<sup>63</sup> ROBREDO, Goretti Vadillo, in *Daños punitivos en el proceso civil Norteamericano*, Estudios de Deusto, Revista de la Universidad de Deusto, Segunda época, vol. 44/2, Desde su fundación vol. 57, Fasc.97, Julio-Diciembre 1996, Bilbao, p.184.

Y es justamente por medio de esa evolución que la institución de los daños punitivos emerge. Antes limitado a punir el causador del daño, pasa a tener un papel predominante en el sistema de responsabilidad civil, de modo a satisfacer la función preventiva de la responsabilidad y de evitar el enriquecimiento injusto del ofensor.

Observase que cuando hubo el surgimiento de la institución, la función de la responsabilidad civil relacionada a él que tenía papel preponderante era la punitiva, autorizándose la condena por daños siempre que la conducta fuera ultrajante y dolosa, imponiendo verdadero castigo al causador de la lesión.

Con la evolución de la doctrina ese carácter represivo pasa a admitir, en razón de la necesidad de adecuación del derecho a la sociedad, y por fuerza de la revolución industrial y el surgimiento de lesiones que atingen grupos de personas, para fines de fijación de los daños punitivos, la internalización de los costes de la conducta ilícita que lesiona un conjunto de personas indistintamente, de modo a incentivar la adopción de las medidas adecuadas, por medio de la prevención necesaria para evitar el daño. En estas hipótesis, sobresale la función preventiva, alcanzándose la función de retribución reflejamente, pues que con la condena hay igualmente la retribución por el daño causado, pero no objetiva la punición como función autónoma y principal.

Además de ese objetivo vemos otro fundamento para la imposición de daños punitivos: evitar el enriquecimiento injustificado. Y hablamos de evitar el enriquecimiento injustificado como uno de los principales objetivos buscados, pues entendemos que, aunque innecesaria la prevención individual, pues imposible la repetición del acto por la persona (por ejemplo, en caso de su fallecimiento), cabría la fijación de daños punitivos, satisfaciendo la prevención general y evitando el enriquecimiento injusto, siempre que hubiera un aumento patrimonial del ofensor con el daño causado<sup>64</sup>.

En la hipótesis que la lesión de una persona haya generado lucro igual o por encima del daño causado, entendemos que evitar el enriquecimiento injustificado es uno de los fundamentos principales para la aplicación de los daños punitivos, que al final es igualmente un medio de attingir a prevención de modo eficaz, uno de los objetivos del sistema de responsabilidad civil.

El desarrollo de los daños punitivos en la doctrina americana fue objeto de análisis por SEBOK. Explica el doctrinario que los daños punitivos pasaron por tres fases

---

<sup>64</sup> Debe se observar que se hace necesario que ocurra un daño. Si no hubo daño, no estamos delante del sistema de responsabilidad civil. Podría se aplicar autónomamente la institución del enriquecimiento sin causa, si hubo un aumento patrimonial.

diferentes. En un primer momento eran fijados cuando la acción ilícita perpetrada era humillante e insultante, pasando por una segunda fase en que lo que se buscaba era evitar el abuso de poder por el ofensor. En un tercero período objetivaba la prevención, para que los ofensores internalizaran los costes y así evitaran la acción u omisión ilícita.

El doctrinario aduce que la primera etapa tuvo origen entre los Sículos XVIII y XIX, con inspiración en la doctrina e jurisprudencia inglesa. El segundo período ocurrió en el Sículo XX, con la concesión de indemnizaciones en las relaciones comerciales que abusaban del poderio económico en relación a la víctima. SEBOK trae ejemplos referentes al transporte de pasajeros, cómo insultos perpetrados contra estes, el rechazo en parar en el destino contratado, así como de transportar pasajeros ciegos, etc. Para la configuración de estos daños la empresa debería tener conocimiento y ratificar los actos de sus empleados.<sup>65</sup> El abuso del poder venia del tratamiento injusto y desigual perpetrado contra la víctima.<sup>66</sup>

Para mí, y cómo reconoce SEBOK, hay que observar que estas conductas, en realidad, objetivan beneficiar financieramente la empresa, pues tendría más ventaja no tomar cualquier conducta contra el empleado, y en favor de la víctima. Se mezcla, por otro lado, con el tercer período mencionado por SEBOK, y que será objeto de esta tesis con más ahínco, que és la fijación de indemnizaciones punitivas para obtener la prevención necesaria por parte de la empresa, que debería adoptar la precaución debida, una vez que con la condena por daños punitivos se internalizarían los costes de su acción u omisión, como dicho en líneas anteriores.<sup>67</sup>

Así, el concepto de daño punitivo ha evolucionado para alejar el carácter retributivo de la responsabilidad civil, excepto en hipótesis específicas de conductas efectuadas con dolo ultrajante<sup>68</sup>, dejando a la función preventiva el objetivo de conseguir que la responsabilidad civil, en la actual sociedad de masa, alcance su intento, evitando las conductas dañosas

---

<sup>65</sup> SEBOK, Anthony J., in *Punitive Damages in the United States*, em KOZIOL, Helmut e WILCOX, Vanessa (eds), *Punitive Damages: Common Law and Civil Perspectives*, Tort and Insurance Law, vol. 25, Springer Wein NewYork, p. 163

<sup>66</sup> SEBOK, Anthony J., in *Punitive Damages in the United States*, em KOZIOL, Helmut e WILCOX, Vanessa (eds), *Punitive Damages: Common Law and Civil Perspectives*, Tort and Insurance Law, vol. 25, Springer Wein NewYork, p. 163

<sup>67</sup> Hay que preguntar si la segunda y la tercera fase no serían dos lados de la misma moneda, o sea, visaban al final attingir la prevención por la internalización de los costes en razón de una acción u omisión ilegal que maximizaba los beneficios del ofensor.

<sup>68</sup> Idem, ibidem, p. 227. Aquí, como vimos, entendemos que se puede valorar como aplicación de la function de evitar el enriquecimiento sin causa.

Sin embargo, para la doctrina de SEBOK las otras hipótesis que autorizan la fijación de los daños punitivos no dejaron de existir en concomitancia con la finalidad de prevención que surgió en la tercera fase de la evolución de esta doctrina

RESEDÁ, por su lado, afirma que hay solamente dos pilares que sostienen los punitive damages: un sancionatorio y otro que busca desincentivar nuevas prácticas<sup>69 70</sup>.

Aunque RESEDÁ afirme que hay dos pilares, entiendo que solamente pueden ser pensados, en general, conjuntamente, y no como dos fuerzas apartadas. Cómo afirmamos, el objetivo primordial de los daños punitivos es prevenir, y no castigar de per se. El castigo, la punición, tiene origen en los mecanismos disuasorios existentes, o sea, el de fijar una indemnización que tenga relación con el lucro obtenido por el causador del daño, o con el perjuicio causado por la conducta direccionada a un grupo de personas, salvo excepciones puntuales. Para evitar la repetición de la conducta, por lo tanto, se utiliza la indemnización punitiva, previniendo la ocurrencia de otros daños, pues la conducta ya no generará un provecho económico. Cómo apuntado en líneas anteriores, la sanción es consecuencia de la necesidad de evitar la reiteración de la conducta y de apartar el enriquecimiento sin justificativa<sup>71</sup>.

Y tanto es verdad que estos son los objetivos principales de la institución, que, si la parte ofensora pagara todos los costes de los daños hechos, por ejemplo, en relaciones de masa, para todas las víctimas, y siempre y cuando causara un daño así lo procedería, indemnizando el daño debidamente, no habría razón para la imposición de daños punitivos, pero solamente daños compensatorios<sup>72</sup>.

En estas hipótesis utópicas, eventual conducta lesiva sería indemnizada compensatoriamente, y cabría a las otras áreas jurídicas, cómo la administrativa y penal,

---

<sup>69</sup> SEBOK, Anthony J., in *Punitive Damages in the United States*, em KOZIOL, Helmut e WILCOX, Vanessa (eds), *Punitive Damages: Common Law and Civil Perspectives*, Tort and Insurance Law, vol. 25, SpringerWeinNewYork, p. 165.

<sup>70</sup> Aquí igualmente se busca por medio de la aplicación de los daños punitivos, la prevención, pues si la utilidad de la conducta es más grande que el pago de la compensación, no tendría incentivos para mudar su conducta. Habría un enriquecimiento injustificado del ofensor. Para attingir la prevención ideal, se hace necesario, por lo tanto, la fijación de daños punitivos. Y también si evita el enriquecimiento injustificado.

<sup>71</sup>” Mismo la función punitiva de la responsabilidad civil, aunque sea más usual en el derecho norte-americano, no es totalmente apartada del derecho romano germánico, que la utiliza principalmente en las hipótesis de daños morales y competencia desleal. No hay embarazos incontrolables para su aplicación, todavía más cuando relacionada a la equidad y el enriquecimiento sin justa causa.”(traducción libre)

Aquí se observa la relación directa entre la función punitiva de la responsabilidad civil y la vedación al enriquecimiento sin causa justa. Y se observa que ese objetivo sería más grande que el de punición de per se. FRAZÃO, Ana, in *Pressupostos e Funções da Responsabilidade Civil Subjetiva na Atualidade: Um Exame a Partir do Direito Comparado*. Rev. TST, Brasília, vol. 77, no 4, out/dez 2011, p. 37

<sup>72</sup> Sin embargo, entiendo que los daños punitivos se hacen necesarios siempre cuando la conducta generó igual o más grande que el daño causado.

actuaren para conseguir la punición necesaria, por ejemplo, en la hipótesis del dolo o culpa en la acusación del daño, a depender del bien jurídico tutelado (penal), o cuando el objetivo fuera la competencia (derecho de la competencia), objetivando la quiebra de las empresas para se firmar en el mercado<sup>73</sup>.

Así, los daños punitivos en relaciones de masa objetivan que ocurra el pago de toda la extensión social del daño causado, de modo a internalizar los costes de su conducta, que de otro modo difícilmente ocurrirían, una vez que muchos lesionados no van a juicio buscar la tutela de su derecho, no generando, pues, los incentivos para evitar la repetición de la conducta o la adopción del nivel de cuidado necesario.

En atención a esta cuestión de la necesidad de internalización de los costes, y enseñando que uno de los objetivos principales de los daños punitivos es la prevención, los jurados establecieron, en el caso *BMW of North America, Inc., v. Gore*, de 1996, “...el montante de daños punitivos 500 veces superior a la cuantía atribuida como compensatory damages, una vez que multiplicó estos últimos daños por un potencial número de lisiados en el país.”<sup>74</sup>

Es importante realzar que en la hipótesis de que el daño además haya generado un lucro, la función de evitar en enriquecimiento sin causa justa sobresale. Hay que se fijar daños punitivos valorándose el lucro y el daño, de modo a atingir la disuasión necesaria, internalizándose los costes, pues si solo determina el pago del daño, y no lo que ha ganado con esa conducta, este apenas pagaría parte (cuando el lucro supera el daño), o la totalidad de lo que le fue añadido, sin internalizar los costes de los daños causados.

Por lo tanto, muchas veces sería más económico no adoptar el nivel de cuidado ideal, pues el pago de los daños no supera la inversión necesaria para una mayor cautela. Otras veces incluso se hace extremadamente lucrativo, siempre y cuando el daño genera un aumento directo del patrimonio del ofensor (ejemplo: la cobranza de una tarifa ilegal).

La evolución de la doctrina de los daños punitivos es reconocida por los doctrinarios, que destacan nuevas funciones de la responsabilidad civil. Haciendo referencia a las funciones de la responsabilidad civil, MARKESINS AND DEAKINS TORT LAW. 2008, p. 49 doctrinan que “The aims of the law of tort have changed throughout its history: appeasement, justice, punishment, prevención, compensation and loss-spreading can be

---

<sup>73</sup> Eso si el sistema fuera perfecto. Pero como la indemnización por todo el daño o en la extensión del lucro ni siempre ocurre, puede si pensar en autorizar una indemnización punitiva un poco por encima del daño causado, creando los incentivos ideales para que la conducta no si repita.

<sup>74</sup> LOURENÇO, Paula Meira, *idem, ibidem*, p.1091. Sin embargo, la Suprema Corte Americana revió los daños punitivos fijados en primera instancia.

counted amongst them.<sup>75</sup>” Para ALPA “las mutaciones del período histórico y ambiente social tuvieron relación con el predominio de una función de la responsabilidad en relación a las otras, y viceversa”.<sup>76</sup>

Según TUNC existen cinco funciones relacionadas de la responsabilidad civil, cuales sean: “(i) punición del culpable, (ii) venganza, (iii) indemnización de la víctima, (iv) mejoría de la orden social y (v) prevención de conductas antisociales”.<sup>77</sup>

Cómo enseña con propiedad el doctrinario, la prevención tiene función preferente en la teoría de la responsabilidad civil, así cómo el restablecimiento del orden social. Desde ahí se observa que hubo la migración de la esfera individual para la social en el sistema de responsabilidad civil, por medio de la evolución de la teoría de los daños punitivos. La esfera individual de la relación jurídica es superada, en este nuevo momento de la responsabilidad civil, para attingir su propósito preventivo. Lourenço, aunque haciendo referencia a la necesidad de la acción maliciosa, fraudulenta o con mala fe para la fijación de daños punitivos, lo que entendemos desnecesario<sup>78</sup>, es asertiva al demostrar la necesidad de fijación de los daños punitivos con el objetivo de combatir el daño social producido. Asevera la doctrina, in verbis:

“Cómo tuvimos la oportunidad de analizar cuando de la evolución histórica de los daños punitivos, estos presuponen, por un lado, un requisito subjetivo u psicológico, una conducta caracterizada por la malicia, fraude o mala fe, y por otro lado, en términos objetivos, la existencia de un comportamiento particularmente grave, que produzca un daño social, o sea, que no se agota en su dimensión individual, pero tiene una dimensión social relevante, pudiendo ser objeto de censura por parte del jurado, que pune el agente en nombre de toda la sociedad.”<sup>79</sup>

Y en el sentido de la preponderancia de la función preventiva en relación a la punitiva, de retribución, enseña PUSCHEL, aduciendo que históricamente se atribuía a la responsabilidad civil la función de punir un culpable, vengar la víctima, indemnizar la

---

<sup>75</sup> JOHNSTON, DEAKIN and MARKESINS in MARKESINS AND DEAKIN’S TORT LAW. 2008, p. 49, apud FRAZÃO, Ana, in Pressupostos e Funções da Responsabilidade Civil Subjetiva na Atualidade: Um Exame a Partir do Direito Comparado. Rev. TST, Brasília, vol. 77, no 4, out/dez 2011, p. 37

<sup>76</sup> ALPA, Guido, Trattato di diritto civile: la responsabilità civile: la responsabilità civile. Milano: Giuffrè, 1999, p. 133 apud BENACCHIO idem, ibidem, p. 645 (traducción libre)

<sup>77</sup> TUNC, André, La responsabilité civile. Paris: Économica, 1989, p. 133, apud BENACCHIO, idem, ibidem, p. 645.(traducción libre)

<sup>78</sup> LOURENÇO, Paula Meira, idem, ibidem, pp. 1075-1076

<sup>79</sup> Cómo veremos adelante entendemos que la fijación de los daños punitivos en el derecho del consumidor puede darse sin la necesidad de la prueba del dolo o de la culpa.



víctima, restablecer el orden social y prevenir comportamientos antisociales<sup>80</sup>, evolucionando para las funciones de indemnización de la víctima, distribución de los daños entre los miembros de la sociedad y prevención de comportamientos antisociales.<sup>81</sup>

Hay que observar que esta nueva orientación y los objetivos buscados por el sistema de responsabilidad civil tienen cómo destinatario, muchas veces, aquellos que dejarían de buscar su derecho subjetivo pues hubo solamente una pequeña lesión al bien jurídico individualmente analizado. Explica con mucha propiedad BENACCHIO que:

“la sociedad en red y el sistema capitalista de producción presentan desafíos inéditos a la responsabilidad civil(...), cuyo objeto no es más el responsable por la reparación, pero la víctima(...). En ese momento histórico fue creado el principio del favor a los hiposuficientes de la aplicación del Derecho(...). En la responsabilidad civil ese principio es conocido como principio favor victima o principio pro damnato.”<sup>82</sup>

Es cierto que no se ha borrado totalmente la función punitiva, pero se hace presente indirectamente, teniendo un papel secundario, una vez que el acto que determina la recomposición del daño mantiene su aspecto punitivo, retribuido la conducta ilícita hecha por el ofensor, aunque por medio de la compensación, de la prevención, etc., y no un objetivo autónomo de la responsabilidad civil.

Aunque en defensa de la tese opuesta, afirman el gran valor que los daños punitivos ejercen en la prevención CODERCH e PALOU, aduciendo que “el Derecho civil puede prevenir sin castigar, aunque es innegable que prevendría en muchos casos bastante mejor si pudieran imponerse indemnizaciones punitivas”.<sup>83</sup>

Así, los daños punitivos no objetivan compensar el daño sufrido a la parte procesal ex adversa, que ocurre por medio de la fijación de daños compensatorios, ni objetivan principalmente castigar de per se el agente,<sup>84</sup> pero sí prevenir la repetición de la

---

<sup>80</sup> PUSCHEL, Flávia Portella, in *Funções e Princípios Justificadores da Responsabilidade Civil e o art. 927, Parágrafo Único do Código Civil*. Revista Direito GV V. 1 N. 1 | P. 091 - 107 | MAIO 2005, p.92.

<sup>81</sup> PUSCHEL, Flávia Portella, in *Funções e Princípios Justificadores da Responsabilidade Civil e o art. 927, Parágrafo Único do Código Civil*. Revista Direito GV V. 1 N. 1 | P. 091 - 107 | MAIO 2005, p. 93.

<sup>82</sup> BENACCHIO, idem, ibidem, p. 644.

<sup>83</sup> CODERCH y PALOU in idem, ibidem, p. 13.

<sup>84</sup> La función punitiva encuentra obstáculos intransponíveis que disminuyen su campo de aplicabilidad. Así, limitase a las hipótesis de acción perpetradas con dolo o culpa, no satisfaciendo los objetivos de la sociedad de masa. Según explica BENACCHIO, “en virtud de su finalidad, la función punitiva de la responsabilidad civil apenas tiene aplicación en los casos de responsabilidad subjetiva, en razón del dolo o culpa grave. En las otras hipótesis, incluyendo la responsabilidad objetiva, habrá apenas función reparatoria o compensatoria, pues no hace sentido la punición de conductas sin vinculación psicológica” (traducción libre).

acción u omisión ilícita, y añadimos nuestro entendimiento que objetiva igualmente evitar el enriquecimiento sin causa justa el ofensor <sup>85</sup>, en este último caso imponiendo una indemnización que valore el lucro obtenido por la conducta ilícita, así como al daño causado en razón de la acción u omisión en contrario al derecho, eso todo analizando su dimensión social <sup>86</sup>. Solamente de manera residual, cómo entienden Shavell e Polinsky, son fijados en razón de una conducta necesariamente dolosa, por la intensidad y desaprobación de la acción, y el placer que genera en el ofensor<sup>8788</sup>.

Sin embargo, de lo expuesto, con base en la teoría del análisis económico, hay que observar que la doctrina mayoritaria, así como la jurisprudencia, por lo menos en Estados Unidos, sigue valorando la culpa o el dolo, la reprobación de la conducta, para la aplicación de los daños punitivos, como se extrae del análisis de los fallos judiciales de la Suprema Corte americana.

En ese sentido es la asertiva de SEBOK sobre la jurisprudencia norte-americana. Aduce que *“notable is the fact that, at first glance, the vast majority of states seem to attribute punitive damages awards to punishment and prevención.”*<sup>89</sup>

Así, observase que todavía aplican la institución cómo una manera de punición, teniendo en cuenta el dolo, la mala fe y la negatividad de la conducta por dos aspectos: a)

---

No estamos de acuerdo con la parte final de su idea, pues entendemos que la función preventiva es la que trae la posibilidad de aplicación de los daños punitivos con el objetivo de internalizarlos costes de la conducta ilegal.

<sup>85</sup> Esa cuestión no es pacificada en la doctrina, pues hay escritores que afirman que evitar el enriquecimiento sin causa justa no es una de las funciones de la responsabilidad civil, pero la institución autónoma. Neste sentido, DIEZ-PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999 *apud* YAGUEZ, iidem, ibidem, pp. 72-73.

<sup>86</sup> RESEDÁ refiriéndose a MORAES informa una relación entre la disminución de las acciones civiles buscando la condena por la venta de productos defectuosos y el valor de la indemnización fijado en las sentencias condenatorias, *in verbis*: *De acuerdo con el Administrative Office of the Unites States Courts, el número de casos de productos con defecto presentados a la Corte Federal ha bajado significativamente en los ultimos años. En 1997 eran 32.856 causas en 2000 14.428. Sin embargo, como se observa del reportaje, los valores de los fallos- excluyendo los daños punitivos, triplicaron desde 1993, cuando antigiran alrededor de US\$ 500 miles, para, en 1999 alcanzaren la cifra de US\$ 1,8 millones. MORAES, dem, ibidem, p. 233-234, apud RESEDÁ, Idem, ibidem, p. 259(traducción libre).*

<sup>87</sup> Eso no esvacia, por si, la naturaleza civil de la medida, una vez que la indemnización compensatória también ejerce esa dupla función. Lo que se busca aqui es compensar el daño social hecho, cómo veremos adelante. El daño por una conducta civilmente ilegal también causa un perjuicio a la sociedad, con el descrédito en el mercado, el descrédito social, la perpetuación de la práctica ilícita contra otras victimas, que muchas veces quedan sin el resarcimiento debido.

<sup>88</sup> Como expuesto anteriormente, hay que se observar que incluso en esta última hipótesis la aplicación de la institución no se aleja de la función preventiva y de evitar el enriquecimiento sin justa causa, haciendo con que se pague una cuantía superior al daño compensatorio, por la conducta hecha, de manera que la utilidad atingida por la conducta dañosa (ex: el placer de dañar) sean neutralizados. La utilidad de perpetuar el acto ilícito queda vaciada con la fijación de los daños punitivos, lo que al fin previne la repetición de la conducta.

<sup>89</sup> SEBOK, Anthony J., *in Punitive Damages in the United States*, em KOZIOL, Helmut e WILCOX, Vanessa (eds), *Punitive Damages: Common Law and Civil Perspectives*, Tort and Insurance Law, vol. 25, SpringerWeinNewYork, p.171

cómo elemento necesario para la fijación de los daños; b) para la cuantificación de estos daños.

En lo que hace referencia a la primera hipótesis, todavía es ampliamente mayoritaria la doctrina que exige la mala fe, fraude, dolo, negligencia grosera de la conducta para la condena en los daños punitivos, con solamente una pequeña parte de la jurisprudencia autorizando la fijación sin la ocurrencia de estos requisitos. Con relación a la segunda hipótesis, hay que observar que en la cuantificación de los daños igualmente se observa que la conducta es censurable.

Es en ese sentido la opinión de LOURENÇO, aseverando que sería denominador común para la doctrina inglesa y norte-americana el hecho de los daños punitivos serán impuestos como punición, y no se basaren en la extensión del daño causado.<sup>90</sup>

Así que la tendencia de la jurisprudencia norte-americana todavía es de valorar la censura de la conducta para fines de fijación de los daños punitivos, sea como requisito para su configuración, sea como parámetro para su cuantificación.

Gran parte de la doctrina y la jurisprudencia norteamericana, por tanto, conciben los daños punitivos como instrumento principal de la función punitiva de la responsabilidad civil<sup>91</sup>. Se atienen y se limitan esos doctrinarios a la primera fase a la que hicimos referencia y que ha surgido en el derecho de la common law.

En mi punto de vista esa función es mejor ejercida por el derecho penal, dejando a la responsabilidad civil el ejercicio de la función preventiva, alcanzando, al aplicarse los daños punitivos, la función punitiva por vía refleja, salvo pocas excepciones, cuando la utilidad por la perpetración de un acto ilícito es más grande o igual a eventual daño compensatorio a ser pago<sup>92</sup>.

Es decir: la finalidad del derecho penal es de prevenir, pero igual de punir aquel que ofendió el bien jurídico protegido. En lo que hace referencia al sistema de responsabilidad civil, y más específicamente en lo que dice respecto a los daños punitivos, la finalidad

---

<sup>90</sup> LOURENÇO, Paula Meria, *idem, ibidem*, p. 1075

<sup>91</sup> Los daños punitivos, por lo tanto, aunque tengan surgido como instrumento para el ejercicio de la función punitiva de la responsabilidad civil, ahora, bajo mi punto de vista, pasan a ser instrumento de la función preventiva, alcanzándose la función punitiva por vía refleja, salvo excepciones puntuales.

<sup>92</sup> BENACCHIO, Marcelo, *in A Função Punitiva da Responsabilidade Civil no Código Civil*, Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo, Reflexões sobre os 10 anos do Código Civil, Coordenadores LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore e MARTINS, Fernando Rodríguez. IDP. Atlas, São Paulo: 2012

retributiva es alcanzada indirectamente; no es un fin en sí misma, salvo excepciones puntuales.<sup>93</sup>

Siguiendo este entendimiento, aunque parcialmente<sup>94</sup>, hay ejemplos en la jurisprudencia americana de la posibilidad de alejarse la exigencia de la conducta ultrajante, permitiéndose la fijación de indemnización punitiva en la hipótesis de daños meramente económicos, cómo en el caso de *BMW of North America v. Gore*.

Al proferir su voto en el caso *BMW of N. Am. v. Gore*, Justice Stevens, aseveró: "The harm BMW inflicted on Dr. Gore was purely economic in nature. The presale refinishing of the car had no effect on its performance or safety features, or even its appearance for at least nine months after his purchase. BMW's conduct evinced no indifference to or reckless disregard for the health and safety of others. To be sure, infliction of economic injury, especially when done intentionally through affirmative acts of misconduct, id., at 453, or when the target is financially vulnerable, can warrant a substantial penalty"<sup>182</sup>. But this observation does not convert all acts that cause economic harm into torts that are sufficiently reprehensible to justify a significant sanction in addition to compensatory damages"<sup>95</sup>.

En el análisis de los procesos afectos a los consumidores, objeto de este trabajo, esta conclusión se hace todavía más importante, pues debe ser admitida la fijación de los daños punitivos, aunque no haya dolo o culpa en la conducta, con el objetivo de que la parte internalice los costes de la conducta desidiosa, de modo a atingir la prevención y a evitar el enriquecimiento sin causa justa del ofensor. La función punitiva es alcanzada de manera refleja.

En relación a este tema, aduce SEBOK que en Estados Unidos está en vigencia desde los años 60 el sistema de responsabilidad objetiva, y que la cuestión de fijación de los daños punitivos en relación a esta materia, que no necesitaba de la prueba del dolo o de la

---

<sup>93</sup> Friedman en su artículo *Beyond the Tort/Crime distinction*, al que hace referencia LOURENÇO, Paula Meira, *idem, ibidem*, p. 1088, establece que no habría diferencia entre *tort or crime*. Entiendo de modo contrario, que la diferencia reside en la gravedad de la violación al bien jurídico protegido por el derecho, y que el derecho penal es la última ratio a proteger el bien jurídico, cuando la lesión fuera de tal monta que merezca la protección penal. Hay que observar que es justamente la intensidad de la lesión al bien jurídico que hace nacer la protección criminal. De modo a comprobar ese entendimiento, tenemos la aplicación del principio de la insignificancia en el derecho penal, alejando la protección criminal cuando las lesiones al bien jurídico sean mínimas. Aquí repetimos que hasta en la hipótesis en que se observa la aplicación de la función punitiva para combatir la conducta que generó una utilidad más grande que el daño compensatorio, se puede reconocer la aplicación de la función de evitar el enriquecimiento sin causa pues combate la utilidad que ha producido por encima del valor compensatorio debido.

<sup>94</sup> Parcialmente, pues la reprobación de la conducta todavía es valorada para la fijación y cuantificación del daño, lo que demuestra el carácter punitivo todavía en vigencia, aunque se admita la fijación cuando la conducta no sea especialmente reprochable, cómo en hipótesis de daños meramente económicos.

<sup>95</sup> Disponible en <https://www.law.cornell.edu/supct/html/94-896.ZO.html>, acceso en 09 de junio de 2016.

culpa, fue igualmente tormentosa, entendiendo algunos estudiosos que no podría haber la condena en indemnización punitiva, pues hacia falta la prueba del dolo o de la negligencia grosera.<sup>96</sup> Al final se consignó la necesidad de la prueba del “wilful and reckless disregard”.<sup>97</sup> De todos los modos, lo que se constató es que en la mayoría de los casos lo que hay es una elección consciente del productor.<sup>98</sup>

Es decir: aunque para ellos sea necesaria la conducta culposa, no estaría vaciada la importancia de la institución, una vez que muchas veces los daños derivan de la opción del proveedor o productor, analizando los costes y beneficios. En general lo que sucede es una elección consciente. Así, es posible preguntarse si en muchas hipótesis de product liability por lo menos la culpa del fabricante no estaría incluida, una vez que ya se sabría los defectos que el producto podría presentar.

“...since almost all product liability cases are about either product design or product warning labels, the issue in the case is always made against the background of choices consciously rejected. In most business, all conscious design choices about safety are debated against a background of cost and benefit; that is to say most product disasters are not the result of inattentive manufacturers, but manufacturers who are very attentive while making very wrong choices”<sup>99</sup>.

Sin embargo, para fines de análisis de la culpa, si se aplica la teoría del análisis económico del derecho esa solamente ocurriría si el coste de precaución fuera menor que el daño esperado (la probabilidad del daño x el daño). Lo que podría facilitar la aplicación de la indemnización punitiva sería una violación de bienes inalienables como la vida, salud y integridad física, pues de valores muy altos por lo que la precaución debe ser siempre elevada. Con relación a ese tema analizaremos de manera más detallada en un próximo capítulo.

Por su vez, vamos más lejos que la doctrina americana, de manera a admitir los daños punitivos, aunque ausente el dolo o la culpa, solamente apartándolos en las hipótesis

---

<sup>96</sup> SEBOK, Anthony J., in *Punitive Damages in the United States*, em KOZIOL, Helmut e WILCOX, Vanessa (eds), *Punitive Damages: Common Law and Civil Perspectives*, Tort and Insurance Law, vol. 25, SpringerWeinNewYork, p. 165.

<sup>97</sup> Se cuestiona si hubo en realidad la aceptación, en los Estados Unidos, de la responsabilidad objetiva, pues se hace necesaria la prueba de la culpa, de la negligencia, una vez que hace falta que se pruebe el “*willful or reckless disregard of the plaintiff's right*”. LOURENÇO, Paula Meira, *idem, ibidem*, p. 1076-1077.

<sup>98</sup> SEBOK, Anthony J., in *Punitive Damages in the United States*, em KOZIOL, Helmut e WILCOX, Vanessa (eds), *Punitive Damages: Common Law and Civil Perspectives*, Tort and Insurance Law, vol. 25, SpringerWeinNewYork, p. 166.

<sup>99</sup> SEBOK, Anthony J., in *Punitive Damages in the United States*, em KOZIOL, Helmut e WILCOX, Vanessa (eds), *Punitive Damages: Common Law and Civil Perspectives*, Tort and Insurance Law, vol. 25, SpringerWeinNewYork, p.166

previstas en ley.<sup>100</sup> Para su configuración, seguirían los mismos requisitos necesarios para la fijación de los daños compensatorios.

Es mister resaltar que en los que no lo demandan lo que se aleja es la necesidad de la prueba de la culpa o dolo, pero no se aleja la posible presencia de estos elementos en las acciones u omisiones perpetradas.

En ese sentido apunta RESEDÁ, afirmando que la aplicación de los punitive damages se extendió al ámbito de la responsabilidad objetiva, alcanzando las relaciones de las grandes empresas con sus consumidores.<sup>101</sup>

Establecidos estos puntos, hagamos una recopilación del supra expuesto: vimos y sustentamos que la función punitiva no debería ser considerada autónomamente como apta a autorizar la fijación de los daños. Y llegamos a afirmar que incluso en lo que hace referencia a la cuantificación, no debe ser valorada la reprobación de la conducta.

El objetivo principal, cómo vimos, es hacer con que los costes de la conducta que generó el daño sean direccionados al ofensor, para que económicamente sea más ventajoso que este aumente el nivel de cuidado adoptado, de manera a evitar que las lesiones sean perpetradas contra los consumidores de bienes y servicios. De ese modo, el cálculo de la indemnización debe valorar los daños efectivos causados en su dimensión social. Por lo tanto, todo el daño causado y no solamente de los que van a juicio buscar su protección.<sup>102</sup> Al final, lo que se extrae es que, no debe valorar la conducta, pero sus consecuencias, sus resultados.

---

<sup>100</sup> Cómo veremos más adelante, aunque no analizada la culpa, es causal de exención de la responsabilidad del productor y proveedor de bienes y servicios si el producto no fuera considerado defectuoso.

Art. 12. El fabricante, el productor, el constructor, nacional o extranjero, y el importador con considerables culpables, independientemente de la ocurrencia de la culpa, por la reparación de los daños causados a los consumidores por defectos decurrente de proyecto de fabricación, construcción, montaje, fórmulas, manipulación, presentación o de guarda de sus productos, así como por informaciones insuficientes o inadecuadas sobre su utilización y riesgos.

§ 1º El producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad que se espera, teniéndose en consideración las circunstancias relevantes, cuales sean: I- su presentación; II- uso y riesgos que razonablemente se esperan; III- la época en que fue colocado en circulación(...)

Art. 14. El proveedor de servicios responde, independientemente de la existencia de la culpa, pela reparación de los daños causados a los consumidores por defectos relativos a la prestación de los servicios, así como por informaciones insuficientes o inadecuadas su fruición y riesgos. § El servicio es defectuoso cuando no fornece la seguridad que el consumidor dele puede esperar, teniendo en cuenta las circunstancias relevantes, cuales sean: I- el modo de su fornecimiento; II- el resultado y los riesgos que razonablemente se esperan; III- la época que fue ofrecido.

Hay que resaltar que en relación a los productos que pongan en riesgo la integridad física o la vida del consumidor o terceros, solamente debe ser excluida la responsabilidad se fue adoptada la cautela máxima, con base en los conocimientos técnicos científicos, debiendo ser valorado el principio de la precaución, en los mismos moldes que ocurre en el derecho ambiental, no habiendo razón para tutelar con menos intensidad los derechos fundamentales supra declinados.

<sup>101</sup> RESEDÁ, idem, ibidem, p. 241.

<sup>102</sup> Además, hay que pensar en fijarlo con relación a eventuales daños potenciales.

A depender del caso concreto habrá un incremento de los daños punitivos, pero en razón de los bienes dañados y no cómo algunos puedan pensar, en razón del grado de reprobación de la conducta. Es decir: El aumento de la indemnización ocurre no por ser la conducta más reprochable, pero en razón del valor de los bienes tutelados. Por lo tanto, cuando si trata de daño a la salud y a la integridad física, fijados en más alto grado, no es porque la lesión a la vida sea más reprochable que el daño al coche, que la indemnización será más grande, pero sí porque son bienes de más alto valor y protección, y por eso más cara su reparación e cuantificación<sup>103</sup>.

Así, la gradación de los daños punitivos valora los bienes jurídicos dañados, lo que puede generar una indemnización más expresiva cuando la conducta viola bienes que merecen una protección jurídica más grande, con valor inmaterial, como el derecho a la vida, por ejemplo<sup>104</sup>.

Por último, aquí reiteramos que la otra función que sustentamos ser buscada por los daños punitivos está relacionada con la prohibición al enriquecimiento sin causa justa.

La prohibición al enriquecimiento sin causa justa es principio general del derecho, y debe servir de norte cuando de la fijación de los daños punitivos. Según PARK, “Ronald Dworking notes the existence of a common law principle that “no one shall be permitted to profit by his own fraud, or take advantage of his own wrong, or to found any claim upon his own iniquity, or to acquire property by his own crime”.<sup>105</sup>

El principio de la prohibición al enriquecimiento sin causa justa se extrae de la Constitución Federal Brasileña, artículo 5o, incisos XXII, XXIV, XXVII, XXVIII, XIX, artículo. 37, parágrafo 5o, entre otros dispositivos legales, y debe servir de norte y cómo principio y objetivo a ser perseguido, igualmente, en el sistema de la responsabilidad civil.

PUSCHEL, analizando la existencia de una función punitivo-preventiva aduce la posibilidad de fijación de un valor más grande que el daño ocurrido, siempre que el lucro para el ofensor sea más grande. Por lo tanto, autoriza la indemnización de manera a evitar el

---

103 En algunas hipótesis el daño patrimonial puede ser fijado en cuantía más grande, cuando por ejemplo la lesión física for mínima en comparación con este. Pero, lo que sugiere el texto es una comparación entre lesiones de la misma dimensión.

104 Ronald M. Dworkin, “The Model of Rules, 35, U. CHI. L. REV. 14, 23-24 (1967) (Quoting Kiggs V. Palmes, 115, N.Y. 506-511 (1889) (Internal quotation marks omitted) apud PARK, JAMES J.”Rule 10B-5 and the Rise of the Unjust Enrichment Principle”. Duke Law Journal, Vol.60, No. 02 (November, 2010) pp 345-409

<sup>105</sup> Sin embargo, es diverso el entendimiento de la jurisprudencia americana, valorando la repreensibilidad autónomamente para la cantificación del daño. Eso és lo que se extrai del voto de Justice Stevens al decidir el caso BMW of N. Am. v. Gore, estableciendo la gradación de los daños punitivos en relación a la reprobación de la conducta.

enriquecimiento sin causa justa, pues para ella solamente así la responsabilidad civil atingiría su función punitiva-preventiva<sup>106</sup>. Asevera:

“En las situaciones que generan para el responsable un lucro superior al daño provocado, es cierto que el efecto punitivo-preventivo solamente puede ser obtenido por medio de la condenación en pagar un valor superior a la extensión del daño (por ejemplo, en el caso en que el aumento de las ventas de una revista ultrapase el valor del daño ocurrido por la violación de la privacidad decurriente de la publicación de cierta noticia). Pero, en otras hipótesis, la simples obligación de indemnizar el perjuicio tendrá un efecto punitivo-preventivo(g.n.).”<sup>107</sup>

Entiendo, además, que no solamente debe considerar el lucro, pero también valorar los daños causados, una vez que se si limitaran a los lucros no se atingiría la disuasión necesaria, una vez que apenas devolvería lo que agrego patrimonialmente con el daño. Es decir, no solamente visa evitar el enriquecimiento injusto, pero también lograr la disuasión, que solamente ocurre por medio de fijación de una indemnización más allá del lucro, de manera que el incentivo de no repetir la conducta sea alcanzado.

<sup>106</sup> A função de prevenção de comportamentos anti-sociais será referida como função punitivo-preventiva, pois o efeito preventivo atribuído à responsabilidade civil considera-se derivar da imposição de uma sanção punitiva. A função punitivo-preventiva da responsabilidade civil é admitida por parte da doutrina brasileira. A favor da função punitivo-preventiva da responsabilidade civil, cf., entre outros: C. M. da Silva Pereira Responsabilidade civil, p. 11; S. Rodrigues, Direito civil: responsabilidade civil, p. 4 (pelo menos quando se trata de dano causado dolosamente); C. A. Bittar. Reparação civil por danos morais. 3. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 232-239. Pela admissibilidade do caráter punitivo-preventivo apenas em casos específicos, cf. M. C. Bodin de Moraes, Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 263. Contra o caráter punitivo-preventivo da responsabilidade civil, cf. W. Melo da Silva, O dano moral e sua reparação, Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 346-347. Na doutrina francesa, a obra de B. Starck (Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée, p. 11 e 354-482), em defesa da função punitivo-preventiva da responsabilidade civil, foi um marco, tendo o tema sido retomado recentemente por S. Carval (La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée. Paris: LGDJ, 1995. p. 379-384). No Brasil, existem muitas decisões judiciais admitindo expressamente a função punitivo-preventiva da responsabilidade civil em tema de indenização por danos extrapatrimoniais. Assim, por exemplo: STJ – 4.<sup>a</sup> T. – REsp 102 : FUNÇÕES E PRINCÍPIOS JUSTIFICADORES FLAVIA PORTELLA PÜSCHEL 06\_ARTIGO\_Flavia.qxd 6/1/05 20:57 Page 12 246258 – Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira – 18.04.2000; STJ – 4.<sup>a</sup> T. – REsp 215607 – Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira – 17.08.1999; STJ – REsp 445646 – 4.<sup>a</sup> T. – Rel. Ruy Rosado de Aguiar – 03.10.2002; STJ – REsp 389879 – 4.<sup>a</sup> T. – Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira – 16.04.2002; STJ – REsp 173366 – 4.<sup>a</sup> T. – Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira – 03.12.1998. Não é possível prever o modo como doutrina e jurisprudência serão afetadas pelo art. 944, caput, do CC, que expressamente determina medir a indenização pela extensão do dano. Note-se que no parágrafo único do mesmo art. 944, ao vincular a possibilidade de redução da indenização ao grau de culpa do agente, o próprio CC parece pressupor a lógica punitivo-preventiva, considerando injusto punir alguém cuja conduta é apenas levemente reprovável. Se o CC considerasse apenas a função de indenização, tal norma não faria sentido. Afinal, independentemente do grau de culpa do agente, o dano está feito e, se não é indenizado, fica a cargo da vítima, “condenada”, a suportá-lo em definitivo. De qualquer forma, o reconhecimento de um efeito punitivo-preventivo da responsabilidade, ainda que secundário, não implica necessariamente a possibilidade de condenação a reparações que ultrapassem o valor do prejuízo sofrido pela vítima. PUSCHEL, Flávia Portella, in *Funções e Princípios Justificadores da Responsabilidade Civil e o art. 927, Parágrafo Único do Código Civil*. Revista Direito GV V. 1 N. 1 | P. 091 - 107 | MAIO 2005, pp. 102-103 Qqanto à última conclusão, na sequência a retifica, afirmando que havendo ganhos superiores ao dano causado, a indenização deve ser fixada em montante superior a este.

<sup>107</sup> PUSCHEL, Flávia Portella, in *Funções e Princípios Justificadores da Responsabilidade Civil e o art. 927, Parágrafo Único do Código Civil*. Revista Direito GV V. 1 N. 1 | P. 091 - 107 | MAIO 2005, pp. 102-103 (traducción libre).



De ese modo se concluye que efectivamente hubo una gradación y mutación de las funciones de la responsabilidad civil en relación a los daños punitivos, por medio del predominio de una en detrimento de las otras, evolucionando para valorar la aplicación de esta institución y su función preventiva, o sea, dando el lugar para la actuación de la función preventiva y de evitar el enriquecimiento sin causa<sup>108</sup>.

De hecho, en la línea evolutiva de los daños punitivos lo que se tiene, en una primera fase, es la predominancia de la función punitiva de la responsabilidad civil, con la imposición de un castigo en razón de una conducta ultrajante. Sin embargo, ha evolucionado, alcanzando una tercera etapa para acoger la función preventiva, evitando el enriquecimiento sin causa justa y la reiteración de la conducta ilegal. Aunque los daños punitivos, como originados, todavía existan, para la mayoría de la doctrina, con la meta de castigar el ofensor en razón de una conducta dolosa, para parte de la doctrina.

En lo que hace referencia a esa última hipótesis, para la doctrina del análisis económico del derecho, como establecen Shavell y Polinsky, tratase de una función residual de los daños punitivos como sancionador de una conducta ultrajante. Haremos en otro capítulo un breve estudio del tema.

Por otra parte, hay de se cuestionar se incluso en esas hipótesis no se estaría valorando la prohibición al enriquecimiento sin justa causa y la prevención, una vez que con los daños punitivos consiguiese que eventual utilidad más grande que el pago de la compensación, decurrente del daño perpetrado, sea neutralizada, con la imposición de daños punitivos, traendo el incentivo adecuado para que el agente no más perpetre el acto ilegal.

Sin embargo, es con relación a la responsabilidad objetiva en las lides realcionadas con el derecho del consumidor que el presente trabajo está dirigido, entrando, siempre que se hace necesario, en las especificidades que involucran el tema, dejando de lado las otras hipótesis que son adoptadas por la doctrina y la jurisprudencialmente para la fijación de los daños punitivos.

De ese modo, admitida la posibilidad de fijación de daños punitivos sin la necesidad de la presencia de la culpa o el dolo, analizaremos oportunamente con más ahínco esa conclusión, de manera a demostrar el acierto de esa opción, proponiendo en la secuencia la sustitución de la indemnización por una medida específica.

---

<sup>108</sup> “...the adherents to a comprehensive instrumental foundation of law in general, and of tort law in particular, analyse punitive damages in terms of optimal deterrence by cost internalisation and efficient wealth maximisation”. ENGLARD, Izhak, *idem, ibidem*, p. 15

Primeramente, analizaremos las funciones de la responsabilidad civil, cuales sean, punitiva, preventiva y de evitar el enriquecimiento sin causa justa, aisladamente, cómo presuposición para fijación de los daños punitivos

### **2.3.1. La función punitiva de la responsabilidad civil cómo presupuesto de partida para la fijación de los daños punitivos**

Cómo vimos, con relación a la función punitiva de la responsabilidad civil y la institución de los daños punitivos, hay dos interpretaciones diferentes que se extraen: a) una, originaria de la doctrina del análisis económico del derecho, que aparta la aplicación de los daños punitivos como punición, o sea, aleja de la institución la función punitiva, solamente admitida en hipótesis excepcionales, b) otra, procedente de la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, que entiende que para la aplicación de los daños punitivos debe haber una conducta reprochable. Por lo tanto, objetiva la punición, valorando la función punitiva de la responsabilidad civil.

Analizamos que en el origen de la institución lo que se valoraba para la fijación de los daños punitivos era la conducta reprochable, la mala fe, de modo a autorizar su fijación en una acción judicial. Remontando al Século XVIII, en el caso *Wilkes v. Woods*, observase que la condena se dio en razón de la conducta ilegal y reprochable que determinó la prisión de los empleados del periódico *The North Briton*, en razón de una publicación de artículo contrario a los intereses de la Corona. La imposición se dio igualmente por la necesidad de traer los incentivos para que no se repetiera la conducta ilegal.

Así, como hemos visto en líneas anteriores, los daños punitivos surgieron con el objetivo principal de castigar, sancionar más severamente los comportamientos maliciosos y particularmente degradantes en cuales el desvalor de la acción se demostrar de manera más patente, habiendo sobrevivido para parte de la doctrina y jurisprudencia la posibilidad de fijación de los daños punitivos, por estas razones, hasta la actualidad.

Como explica CALANDRILLO, en el derecho norteamericano el Tribunal Supremo ha adoptado el entendimiento de que la reprochación de conducta debe ser un requisito necesariamente presente para la fijación de los daños punitivos<sup>109</sup>.

Esa es la posición Sebok, que entiende que no se puede descartar el análisis de la culpa en el establecimiento de los daños punitivos, por la necesidad de una prueba de la

---

<sup>109</sup>CALANDRILLO, Steve P., in *Penalizing Punitive Damages: Why the Supreme Court Needs a Lesson in Law and Economics*, 78 Geo. Wash. L. Rev 774 2009-2010.

"inobservancia deliberada e imprudente" <sup>110</sup>, siguiendo el pensamiento de CALANDRILLO <sup>111</sup>.

En efecto, el Tribunal Supremo de Estados Unidos ha entendido en su mayoría como requisito la necesidad de conducta moralmente reprobable para llevar a cabo la condena en daños punitivos, y gran parte de la jurisprudencia y la doctrina, señala que este elemento es esencial en la cuantificación de esos daños.

Según Polinsky y Shavell, se requiere que esté presente la reprobación de la conducta, "in a way that is egregious, malicious or undertaken with reckless disregard for the rights of others". <sup>112</sup> Seguem los estudiosos citando fallo anterior que apunta en esta dirección: *Masaki v. General Motors Corp.*, 780 P 2d 566, 570 (Haw. 1989), que establece que los daños punitivos "are awarded only when the egregious nature of the defendant's conduct makes such a remedy appropriate"; *Barnhouse v. Hawkeye State Bank*, 406, N. W. 2d 181, 184 (Iowa 1987) "An award of punitive damages is appropriate when a party acts with actual or legal malice"; *Nappe v. Anschelewitz, Barr, Ansell & Bonello*, 477 A. 2D 1224, 1230 (N.J. 1984) "To warrant a punitive award, the defendant's conduct must have been wantonly reckless or malicious"; *Hood v. Fulkerson*, 699 P 2d 608, 611 (N.M. 1985) "Punitive damages may be awarded only when the conduct of the wrongdoer may be said to be maliciously intentional, fraudulent, oppressive, or committed recklessly or with a wanton disregard to the plaintiffs' rights (quoting *Loucks v. Albuquerque Nat'l Bank*, 418 P. 2d 191, 199 (N.M. 1966))." <sup>113</sup>

Hay críticas a esta doctrina que objetiva que haya una conducta moralmente censurable para a la fijación de los daños punitivos, es decir, que tenga meta de castigo. Según Polinsky y Shavell, es una opción que muchas veces se confronta con el objetivo de disuasión perseguido, porque hay casos en que no existe una conducta reprobable, sin embargo, la adopción de los daños punitivos se hace necesaria para alcanzar disuasión, como en el caso, por ejemplo, de derramamiento de óleo del coche por la falta de revisión del vehículo, que venga a generar accidentes <sup>114</sup>.

---

<sup>110</sup> SEBOK, Anthony J., in *Punitive Damages in the United States*, em KOZIOL, Helmut e WILCOX, Vanessa (eds), *Punitive Damages: Common Law and Civil Perspectives*, Tort and Insurance Law, vol. 25, SpringerWeinNewYork, p. 165.

<sup>111</sup> CALANDRILLO, Steve P., *idem, ibidem*.

<sup>112</sup> POLINSKY, Mitchell A., SHAVELL, Steven, in *Danos Punitivos: An Economic Analysis*, *idem, ibidem*, p. 905.

<sup>113</sup> POLINSKY, Mitchell A., SHAVELL, Steven, in *Danos Punitivos: An Economic Analysis*, *idem, ibidem*, p. 905 (nota de rodapé)

<sup>114</sup> Argumentan los estudiosos también sobre la necesidad de fijación de los daños punitivos, ya que seguramente no hay manera de escapar de la condena. Entiendo que aún es necesaria la imposición de daños

Además, según interpretación doctrinal, ahora existe la posibilidad de fijar los daños punitivos incluso en el caso de la responsabilidad objetiva, lo cual va en contra de esta exigencia. Es decir, incluso si la conducta no es objetable moralmente ha de ser admitida la fijación de daños punitivos.

Por su vez, la jurisprudencia americana igualmente da señales en algunos fallos de que la punición no sería fundamento esencial para la fijación de daños punitivos, autorizándose su imposición mismo en hipótesis de óbito del ofensor. Así se pronunció el Tribunal Supremo de Texas, en 1984 en el caso *Hofer v. Lavander*, 679 S. W 2d 470(1984). Con el accidente hubo la muerte del motorista que tenía una elevada cantidad de alcohol en la sangre, y aunque ya no podía ser punido, pues falleció, fueron fijados daños punitivos con el propósito disuasorio general.<sup>115</sup>

En ese trabajo adoptamos la teoría del análisis económico del derecho, en particular la doctrina de POLINSKY y SHAVELL, por lo que entendemos que para la fijación de los daños punitivos se prescinde la función punitiva, que es alcanzada de modo reflejo, apenas se admitiendo la punición de manera autónoma residualmente<sup>116117</sup>.

Los que sostienen de manera diversa se fundamentan en los daños punitivos como una manera de punición, que para mí no se aplica más, todavía adoptando una interpretación antigua de la institución que con la evolución de la sociedad y la especialización de los ramos jurídicos ya no se hace presente.

De hecho, entiendo, como regla general, en lo que hace referencia a castigar el ofensor por la práctica de un ato ilegal, que el derecho penal sirve a ese propósito, no siendo la función primordial del sistema de responsabilidad civil.<sup>118</sup>

---

punitivos ya que el objetivo es de internalizar los costes de su conducta, y no hay manera de estar absolutamente seguro de la compensación *in totum* de los daños causados, dada la dificultad de identificación de ellos, y de su comprobación, así como de todas las víctimas. Además, entendemos que es posible la fijación por encima del valor meramente compensatorio. Polinsky, Mitchell A., Shavell, Steven, *idem*, pp. 12-13.

<sup>115</sup> ROBREDO, Goretti Vadillo, *in Daños punitivos en el proceso civil norteamericano*, Estudios de Deusto, Revista de la Universidad de Deusto, Segunda época, vol. 44/2, Desde su fundación vol. 57, Fasc.97, Julio-diciembre 1996, Bilbao, p.185.

<sup>116</sup>En el caso de *BMW of N. Am. V. GORE*, se observó que aunque la conducta no sea despreciable y repugnante, es adecuada la condena en daños punitivos, cómo ocurrió en la hipótesis, por se tratar de daño puramente económico. Pero en ese fallo se observó la necesidad de la censura, aunque se tratara de daño puramente económico.

<sup>117</sup> A.M. Polinsky/S.Shavell, *Punitve Damagaes: An Economic Analysis*, Harv. L. Rev. 111(1998) 870,880.

<sup>118</sup> Em realidad, la responsabilidad civil es un de los modos por la cuál la sociedad busca esos objetivos. Además de la responsabilidad, esos objetivos son perseguidos igualmente por medio de controles y saciones administrativas y penais, por ejemplo (para la prevención de comportamentos antisociales). PUSCHEL, Flávia Portella, *in Funções e Princípios Justificadores da Responsabilidade Civil e o art. 927, Parágrafo Único do Código Civil*.Revista Direito GV V. 1 N. 1 | P. 091 - 107 | MAIO 2005, p 93.

Esta cuestión es notada por parte la doctrina y la jurisprudencia norteamericana. En el Estado de Indiana, por ejemplo, es prohibida la condena en daños punitivos cuando la conducta ilícita igualmente pueda ser analizada en el juicio criminal.<sup>119</sup>

Trayendo para análisis críticas relacionadas con la función punitiva en el derecho de daños, aunque su posición final sea disonante de la presentada en este trabajo, pues entiende que el derecho de daños sería solamente compensatorio, ROBREDO indica entendimiento de algunos doctrinarios de que “para castigar al culpable está el Derecho penal, en donde se encuentran mayores garantías procesales que en el Derecho civil”<sup>120</sup>, conclusión que coincide con la que presentamos en este trabajo, sin olvidar que entendemos que hay espacio para la aplicación de daños punitivos, además de la función compensatoria, pues el sistema de responsabilidad civil igualmente persigue la función preventiva, disuasoria y la de evitar el enriquecimiento sin causa justa.

Citando a MORRIS, ROBREDO afirma que este igualmente llegó a la conclusión de que “el derecho civil, aunque inspirado principalmente en principios compensatorios, también contiene elementos de castigo y de disuasión”.<sup>121</sup>

Así, en parte me filio a su entendimiento, pues entiendo que la función de punición no pertenece al derecho civil autónomamente. Pero, como explique, no veo solamente una función compensatoria en el sistema de responsabilidad civil, pero voy más allá, sacando de ese sistema funciones muchas veces más relevantes, como la función preventiva, siendo la punitiva apenas una consecuencia de la búsqueda por una función preventiva y compensatoria, así como de evitar el enriquecimiento sin causa justa.

De hecho, traer al derecho civil la función punitiva apartada de la compensatoria (una vez que la función compensatoria tiene intrínseca la retribución por el acto perpetrado y la prevención por la repetición del acto, aunque en algunas hipótesis no sea suficiente, cómo en las relaciones de masa, por ejemplo), de la función preventiva (pues al adoptar medidas preventivas también se puede penalizar el ofensor), o de la función de evitar el enriquecimiento sin causa justa(pues está imbricada igualmente la sanción), no sería la mejor

---

<sup>119</sup> SEBOK, Anthony J., in *Punitive Damages in the United States*, en KOZIOL, Helmut e WILCOX, Vanessa (eds), *Punitive Damages: Common Law and Civil Perspectives*, Tort and Insurance Law, vol. 25, SpringerWeinNewYork, p.175. Creo que aquí se vá más allá de nuestra interpretación, que permite la condena en daños punitivos en esos casos. Lo que entendemos es que no se hace relevante para la fijación, pero tampouco es impeditiva.

<sup>120</sup> ROBREDO, Goretti Vadillo, in *Daños punitivos en el proceso civil norteamericano*, Estudios de Deusto, Revista de la Universidad de Deusto, Segunda época, vol. 44/2, Desde su fundación vol. 57, Fasc.97, Julio-diciembre 1996, Bilbao, p. 183.

<sup>121</sup> ROBREDO, Goretti Vadillo, in *Daños punitivos en el proceso civil norteamericano*, Estudios de Deusto, Revista de la Universidad de Deusto, Segunda época, vol. 44/2, Desde su fundación vol. 57, Fasc.97, Julio-diciembre 1996, Bilbao, p. 184

interpretación extraída del sistema de responsabilidad civil, pues existen otras especialidades jurídicas a proteger estos bienes.

En ese sentido YAGUEZ, analizando la interrelación entre las funciones de la responsabilidad civil argumenta que a su juicio “no parece discutible que indemnizar el daño causado tenga un efecto de castigo para el ejecutor del daño, de la misma forma que la regla general legal que obliga a indemnizar reviste un efecto por disuasión, y por esto, preventivo”<sup>122</sup>.

Es decir: la función retributiva de la responsabilidad civil está relacionada a las otras funciones, y no puede ser perseguida autónomamente, salvo pocas excepciones, o podrá avanzarse en el campo que pertenece a otras especialidades jurídicas, donde principios y reglas propias sirven de orientación para la aplicación del derecho y de eventuales sanciones, protegiendo el ciudadano y sus derechos fundamentales. Así, gobernado por el principio de la anterioridad, debido proceso legal, tipicidad, y otros más, al derecho penal se reserva la aplicación de la función punitiva de per se.

Hablo en excepciones posibles, pues en algunas hipótesis es plausible que la conducta tenga generado una utilidad más grande al ofensor que eventual daño ocurrido, por lo que se hace necesario, para que la institución de la responsabilidad civil alcance su propósito y finalidades, cómo la prevención, la fijación de indemnización superior a la compensatoria, de modo a crear el incentivo para que la parte no repita su acción.

Así, considero que tienen razón los doctrinarios SHAVELL y POLINSKY cuando afirman ser excepcional la fijación de daños punitivos por el desvalor de la conducta, solamente entendiendo posible su fijación cuando comprobado que el placer de la acción generó una utilidad más grande al agente que eventual daño compensatorio a ser pago.

Es el ejemplo clásico que ya exponemos de aquél que tiene una utilidad de 70 en dañar alguien, y tendría que pagar 50 para compensar el daño. Si solamente fijan daños compensatorios, la utilidad es más grande que una eventual indemnización a pagar, generando incentivos para que repitan la conducta. Fijándose daños compensatorios y daños punitivos proporcional al lucro obtenido, (50 más 70), por ejemplo, los incentivos ya no permanecerían. De ese modo, su utilidad pasará a ser más grande si no repitiera la acción dañosa.

Sin embargo, en esas hipótesis excepcionales, donde los daños punitivos son fijados tomándose por base el grado de dolo del agente, que tiene un placer intrínseco en causar el daño más grande que la penalidad impuesta, se valora la conducta del agente, del

---

<sup>122</sup> YAGUEZ, *idem, ibidem*, p. 59, *NOTA DE RODAPÉ*.

desvalor de la acción, del mismo modo de que cuando se analiza el daño moral, examinándose contenido no monetario, lo que dificulta la cuantificación.<sup>123</sup>

La valoración del grado de culpa vacía un poco el análisis económico financiera del daño causado, lo que genera una dificultad en la cuantificación, pues trae a la luz, para análisis, los valores individuales de cada uno.

De todos los modos, cómo observamos con antelación, hasta mismo en esos casos puede verse la aplicación de los mismos principios de prevención y de evitar el enriquecimiento sin causa justa, pues no estaría aplicando daños punitivos por la conducta humillante o repugnante, pero sí analizando la utilidad de esta en relación al daño ocurrido.

Es similar a la hipótesis de una violación de derecho de patente, por ejemplo, que genera un lucro más grande que eventual pago de la patente. Para desestimular la conducta ilícita, hay de fijar una indemnización compensatoria y además una punitiva, que puede corresponder a el pago del lucro, que aquí es más fácil de determinar, pues se trata de valor monetario.

De hecho, ROUHETTE al explicar la posibilidad de fijación de daños punitivos en Inglaterra, cuando hay la obtención de un lucro más grande que eventual pago daños compensatorios, que resulta aplicable incluso cuando no se trata de lucro pecuniario, in verbis: “This category is not confined to making profit only of a pecuniary nature, but can extend to any case where the defendant is seeking to gain an object at the claimant’s expense.”<sup>124</sup>

Por lo tanto, entendemos que incluso suponiendo la posibilidad de establecimiento de los daños punitivos analizando el desvalor de la acción, esta hipótesis debe ser excepcional, y sólo debería ocurrir cuando la utilidad de conducta generar una mayor utilidad al agente que los daños compensatorios que se pagarán, cómo un medio para lograr la disuasión necesaria. Pero, no deja de ser igualmente una forma de eliminar el enriquecimiento injusto del autor del daño, ya que su utilidad sería mayor que la pérdida económica si no se fijaran daños punitivos.

Es decir: a la luz de la teoría económica, cómo entienden POLINSKY y SHAVELL, en principio no se valora la conducta del agente, y el desvalor de la acción para

---

<sup>123</sup> Dado fornecido pelo Professor Judge Rakoff em classe, *Interplay between civil and criminal law*, ministrada no dia 26 de janeiro de 2016 na *Columbia Law School*.

<sup>124</sup> Aunque haga referencia a otras exigencias para la fijación de los daños punitivos. ROUHETTE, Thomas, in *The availability of punitive damages in Europe: growing trend or non existent concept? Defense Counsel Journal*, October 2007, Volume 74, n. 4, p.334.

fijación de los daños punitivos <sup>125</sup>, con la posibilidad de su fijación, aunque la conducta no sea moralmente reprehensible. Esos tipos de indemnización, por lo tanto, deberían ser fijados con carácter preventivo, siempre que el ofensor haya causado otros daños, y desde que sea posible que escape a la condena por esos fatos. Los ofensores deberían internalizar los costes de sus conductas, por medio de la aplicación de la teoría de los daños punitivos. <sup>126</sup>

El propósito de los daños punitivos sería, por lo tanto, que se internalizara los costes de la mala conducta, por lo que sería más ventajoso económicamente adoptar el nivel óptimo de atención, cesando las infracciones a los distintos bienes jurídicos. Además, para evitar el enriquecimiento injusto y para evitar la reiteración de la conducta en el caso de una acción que ha generado un mayor beneficio para el infractor que cualquier daño sufrido por la víctima.

En este paso, la teoría de los daños punitivos no necesariamente casa este objetivo, de penalizar civilmente con mayor severidad, imponiendo sanciones mayores que la magnitud de los daños, por el grado de culpa/dolo del agente. Eso objetivo es de responsabilidad de otras especialidades del sistema de responsabilidad, como el derecho penal.

Eventualmente, si se demuestra que una mayor utilidad que cualquier indemnización a pagar, se puede pensar en la posibilidad de fijar los daños punitivos.

Y este cambio de paradigma, para pensar el daño punitivo con un carácter más de prevención, que de retribución, es relevante, dado que para su aplicación no necesitaría, por lo tanto, el análisis del grado de culpabilidad, y se puede aplicar en el caso de relación de consumo en el que no perquire dolo o culpa del agente, siendo suficiente la acción u omisión, daño y relación causal <sup>127</sup>.

Tomo nota de que el análisis de la culpa/dolo debe apartarse de la institución de daños punitivos, sea como requisito previo para el establecimiento de los daños punitivos, sea para los fines de la fijación de la cuantía de indemnización.

En mi punto de vista, como se explicó anteriormente, creo que la valoración de la gravedad de la culpa para cuantificar los daños punitivos no deben tener éxito, porque no hay previsión en el sistema judicial, salvo excepcionalísimas hipótesis.

---

<sup>125</sup> Salvo excepciones puntuales.

<sup>126</sup> CALANDRILLO, Steve P., *idem, ibidem*.

<sup>127</sup> Sin embargo, si se demuestra que el proveedor de productos y servicios adoptó la precaución ideal, entendida como aquella que aparta la clasificación del producto como defectuoso, no se puede condenarlo al pago de daños punitivos.



De hecho, la compensación se mide por la magnitud de los daños y no de la culpa. El sistema de responsabilidad fue diseñado para dar la respuesta necesaria a estos comportamientos, y es la esfera del derecho penal que lleva el desincentivo necesario para la inacción del posible infractor, inclusive por medio de la eliminación de la posibilidad de hechos, a través de la privación de libertad.

La única excepción que está prevista en el ordenamiento jurídico brasileño, el art. 944 del Código Civil,<sup>128</sup> trae incluso posición opuesta, suponiendo la valoración de la culpabilidad solamente para reducir los daños compensatorios, pero no con el objetivo de aumentar, o autorizar la fijación de daños punitivos. Por lo tanto, las razones que lo autorizan son otras.

Así, sea para fines de fijación de la indemnización punitiva, sea para su cuantificación, la función punitiva de la responsabilidad civil no juega papel preponderante, debiendo ser valorada de manera residual, solamente cuando el grado de utilidad de la conducta sea más grande que la indemnización a ser paga. Y incluso en esas hipótesis se puede pensar en la aplicación de las funciones preventivas y de evitar el enriquecimiento sin causa justa como fundamento para la fijación de los daños punitivos. Sobrevive como una función residual, en razón de la aplicación de la indemnización objetivando alcanzar la prevención y evitar el enriquecimiento injusto.

Pasemos ahora al análisis de la función preventiva como principal condición para la fijación de la indemnización punitiva.

### **2.3.2. La función preventiva de la responsabilidad civil cómo presupuesto de partida para la fijación de los daños punitivos**

Como vimos anteriormente, las funciones del sistema de responsabilidad civil están imbricadas. De hecho, la función compensatoria del sistema de responsabilidad civil tiene en su núcleo el objetivo retributivo y preventivo. Retributivo, porque el daño fue retribuido, con el pago de una indemnización. Y la actuación preventiva ateniendo el infractor, así como la sociedad<sup>129 130</sup>, evitando la reiteración de ilícitos por saber de antemano

---

<sup>128</sup> Código de Procedimiento Civil: Art. 944. La indemnización se mide por la magnitud de los daños. Párrafo unico. Si hay excesiva desproporción entre la gravedad de la falta y el daño, el juez puede reducir de manera equitativa la indemnización.

<sup>129</sup> “Specific prevención is aimed at the defendant individually with the goal of dissuading him from committing the same wrongful conduct in the future. General prevención extends to society at large, and punitive damages are awarded not only to deter the initial wrongdoer’s conduct, but also to set an example and serve as a warning to others” Black’s Law Dictionary apud SEBOK, Anthony J., in *Punitive Damages in the United States*, em

las consecuencias de su conducta. Condenas efectivas imponen una mayor prevención, pues demuestra la eficacia del sistema de responsabilidad civil.

En este sentido la doctrina de JANSEN y RADEMACHER cuando afirman que el sistema de responsabilidad civil compensatorio no está separado de la orden preventiva, ya que "toda la posible responsabilidad en el sentido amplio, puede tener efectos preventivos.

<sup>131</sup> „

Primeramente, cómo vimos, hay que se resaltar que la función punitiva no debe ser considerada como principal para la fijación de los daños punitivos. Así, aunque Sebok enseñe que dos argumentos son aptos para establecer la posibilidad de una indemnización punitiva, cuáles sean; el abuso de poder; y para incentivar la prevención necesaria por el proveedor de los productos, hay que se alejar la punición como fuerza motriz de la responsabilidad civil.<sup>132 133</sup>

De hecho, la función punitiva como objetivo principal se limita a otras esferas jurídicas, cómo la penal, y solo excepcionalmente debe ser buscada por el derecho civil, cuando la utilidad obtenida con la conducta for más grande que eventual indemnización compensatoria a ser fijada por el Poder Judicial.

Hay incluso que se cuestionar si se trataría de la valoración de la función punitiva, o de la preventiva y de evitar el enriquecimiento sin causa justa, una vez que si no fueran fijados daños punitivos habría un enriquecimiento injusto una vez que la utilidad de la conducta sería más grande que los daños compensatorios pagos.

De todos los modos, aunque se vea como parte de la función punitiva, la imposición de los daños punitivos con este propósito debe ser aplicada autónomamente

---

KOZIOL, Helmut e WILCOX , Vanessa (eds), *Punitve Damages: Common Law and Civil Perspectives*, Tort and Insurance Law, vol. 25, SpringerWeinNewYork, p.178

<sup>130</sup> La disuasión general se logra cuando no sólo con relación al delincuente, sino con relación a toda la sociedad, que sabedoura de la posibilidad de fijación de los daños punitivos, adoptan el nivel óptimo de cuidado para evitar la responsabilidad. Disuasión específica, a su vez, está relacionado con el propio delincuente, contra la cual se establecieron los daños punitivos, que adoptarán el nivel óptimo de cuidado, sin violar una vez más los derechos de terceros.

<sup>131</sup> Tradução livre. Nils JANSEN y Lucas RADEMACHER in *Punitive Damages in Germany*, *apud KOZIOL/WILCOX*, *idem, ibidem*, p. 74-86, *apud YAGUEZ*, *idem, ibidem*, p. 45

<sup>132</sup> "This argument is the opposite of the humiliation and insult argument that provided the first foundation of punitive damages." SEBOK, Anthony J., in *Punitive Damages in the United States*, *em KOZIOL*, Helmut e WILCOX , Vanessa (eds), *Punitve Damages: Common Law and Civil Perspectives*, Tort and Insurance Law, vol. 25, SpringerWeinNewYork, p. 167.

<sup>133</sup> Admitiendo la posibilidad de fijar la indemnización punitiva por daño puramente económico, como ya hemos visto, el Tribunal Supremo de los EEUU al decidir el caso BMW de N. Am. V. Gore estableció su idoneidad, aunque haya declarado que cuando hubiera evidencia de negligencia grave para la salud y seguridad de otros, los daños debrían se fijados en nivel más alto. Lo que no se puede dejar de anotar es que la jurisprudencia americana sigue en su mayoría exigiendo la reprovabilidad de la conducta para la fijación de los daños punitivos.

apenas de modo excepcional, cuando la utilidad de la acción fuera más grande que eventual indemnización

Con efecto, hay que se observar que la función primordial buscada por medio de la institución de los daños punitivo es la preventiva, buscando crear los incentivos necesarios para que la parte no repita la conducta ilícita o adopte la cautela necesaria de modo que el daño no vuelva a ocurrir.

De hecho, además de lo que hemos expuesto previamente, una pista que apunta en la dirección de que la disuasión es la función prevalente se extrae de algunas directrices que se dirigen a los jurados para la fijación de los daños punitivos, en la doctrina estadounidense.

Como es conocido, cuando de la fijación de los daños punitivos, se permite al juez guiar los jurados sobre la condena y para la fijación de la cuantía de indemnización. Y algunas de esas directrices apuntan en la posibilidad del jurado valorar, al fijar la indenización, la existencia de condenas pretéritas contra la parte demandada, en virtud de los mismos daños causados.

En este paso, se observa que la función de la responsabilidad que tiene un papel predominante y prevalece no es la punitiva, con el objetivo de castigo de per se, sino la preventiva. De hecho, si así no fuera, no habría razón para valorar cualquier condena en daños compensatorios y / o punitivo que ocurriera en otros procesos, siendo suficiente la fijación de una cuantía para punir el autor, tomándose por base el desvalor de su acción.

Por su vez, GERMEN, LEVER e LAROUCHE, al referirse a la legislación alemana, establecen que la función preponderante seria la compensatoria, y las otros efectos secundarios al principal objetivo buscado por el sistema. Añade, sin embargo, que "las ideas de disuasión y la prevención del enriquecimiento sin causa no son en absoluto ajeno a la ley alemana".

Por lo tanto, para esos doctrinarios, todavía sigue como principal la función compensatoria de la responsabilidad civil. Lo que se extrae es que, aunque sea interpretada como objetivo principal si se piensa en el sistema de responsabilidad civil en su totalidad, en lo que hace referencia a los daños punitivos no sirve como propósito. De hecho, por medio de La indemnización punitiva no se busca la compensación, pero sí la internalización de los costes de modo a alcanzar la prevención necesaria.

Además, aunque pueda ser considerada como objetivo principal perseguido cuando del origen del sistema de responsabilidad civil, hoy en día, con la evolución de la sociedad, pierde un poco la relevancia, si contrastada con la función preventiva.

Es decir: aún si considere la compensación como la primera fuente de legitimidad para la búsqueda de remedios civiles, con la evolución de la sociedad ya no es la única. Pierde, incluso, campo en la actualidad para la función preventiva, en razón de la evolución de la sociedad y del surgimiento de las lesiones de masa. Por lo tanto, la prevención, que inicialmente operaba como una de las funciones que resultaba de la compensación, actualmente en muchas hipótesis ejerce la función principal en el sistema de responsabilidad civil.

De hecho, se observa que en muchos casos la función compensatoria no es capaz de hacer cumplir las otras funciones de la responsabilidad antes mencionada, como ocurre, por ejemplo, con las relaciones de masa. En estos casos, donde la lesión en regla no alcanza solamente uno, pero si un grupo de personas, es necesario que el sistema de responsabilidad civil sea repensado con el fin de evitar la reiteración de la conducta.

Así, en lesiones difusas, donde hay una pequeña violación del derecho individualmente considerado de un grupo de personas, el objetivo principal cambia. Como, por ejemplo, una compañía telefónica que cobra de sus clientes un euro por encima de la tarifa mensual, como una tasa innominada, indebidamente. Al proponerse la acción con la tutela de daños punitivos estará primordialmente ejerciendo no la función compensatoria de los daños, pero la de prevención y aquí específicamente igual de evitar el enriquecimiento sin causa justa.

Como bien señala LOURENÇO, limitar la responsabilidad a la función compensatoria, y dejar que las otras sean alcanzadas apenas indirectamente, hace que el sistema jurídico sea incapaz de "dar respuesta a situaciones en que el beneficio obtenido por el autor del hecho ilícito es superior a la que el daño producido, aquellos en los que tal beneficio no es revelado por la teoría de la diferencia, o cuando el daño causado es difícil de determinar. " <sup>134</sup>

Y sigue afirmando la doctrina que "... asignar a la responsabilidad civil una función meramente reparadora o de reintegración en el que sólo se tratará de devolver a la víctima a la situación en la que sería si no hubiera ocurrido la lesión, es igualmente una

---

<sup>134</sup> LORENZO, Paula Meira, idem, ibidem, p. 1095. A pesar de esta afirmación, la autora cree que, a diferencia de nuestra posición, es suficiente para la aplicación de daños punitivos el desvalor de la acción, y que no hay necesidad de acumular ganancias en razón de la conducta irregular, para la fijación de daños punitivos. Entendemos, diversamente, que es necesario que haya un daño, que puede dejar el nivel individual, y llegar a terceros que no son partes en el procedimiento, causando un daño social que debe ser reparado mediante la aplicación de la teoría de los daños punitivos para permitir que la compensación deje de ser meramente compensatorio, de modo a que la responsabilidad consiga ejercer su función preventiva, que es inherente a ella, para evitar que lesiones como éstas sean reiteradas.

interpretación tímida, ya que no cumple numerosas manifestaciones de la finalidad punitiva o preventiva de la responsabilidad ... "<sup>135</sup>.

De hecho, como explica SHARKEY, muchas veces la compensación individual no alcanza el objetivo de la responsabilidad civil de prevención, haciendo con que se internalicen los costes de la conducta ilícita. Es decir: sería insuficiente para crear el incentivo de adopción de la prevención ideal. Explica:

“Total costs may not be sufficiently reflected in compensatory damages because defendants often evade liability altogether. There are at least three categories of situations that lead to this problem of underdeterrence (or “underliability”) of defendants. The first category involves cases in which the victim is aware of his or her injuries but, for some reason, does not bring a lawsuit against the tortfeasor either because (1) the probable compensatory damages are too low; or (2) the victim is not particularly litigious, is unsophisticated, lacks the necessary financial resources, or perhaps has been harmed by a “shaming tort(...)By contrast, the second category arises from “concealed acts,” where the injurer has a chance of escaping liability either because (1) the injuries suffered are concealed or difficult to detect; or (2) while the harm can be detected, the identity of the defendant, who has covered his tracks, is unknown(...)The third and final category is comprised of more “diffuse” societal harms, which could stem from either overt or concealed acts by the defendant.”<sup>136</sup>.

En este paso, tenemos que los daños punitivos son una construcción doctrinal que se justifica para lograr los objetivos del sistema de responsabilidad civil. Si el agente lesionó un grupo de personas que no buscaron la protección judicial, sólo por medio del ajuste de la indemnización es que podemos lograr el objetivo de desalentar la conducta. Es la manera de admitir una reinterpretación del sistema de responsabilidad civil, dando un enfoque a la prevención, con el objetivo de evitar la repetición de conductas perjudiciales.

De ese modo, habiendo lesiones en un grupo de personas que quedaron indefensas, sea por el alto coste de litigación, la baja lesión al bien jurídico, los baremos y límites legales, que impidieron que la indemnización correspondiera a la totalidad del daño, se autoriza la fijación de los daños punitivos, de modo a internalizar los costes de la conducta para que se alcance la prevención necesaria.

Por lo tanto, objetivan hacer con que los costes de la conducta ilegal sean soportados por el causador del daño, de modo a que no sea benéfico la repetición de la conducta ilegal o sea mejor adoptar un nivel más grande de cuidado en sus acciones.

En ese sentido parte expresiva de doctrinarios que estudian el tema sob el enfoque del análisis económico del derecho. Así, esclarece ROBREDO que “un grupo importante de

---

<sup>135</sup> LOURENÇO, Paula Meira, *idem, ibidem*, p. 1094.

<sup>136</sup> SHARKEY, Catherine M., in *Punitive Damages as Societal Damage*, The Yale Law Journal, Volume 113, 2003-2004, Number 2, November 2003, pp. 366-367.

autores de la escuela de Chicago mantiene la teoría de que los responsables de la lesión deben soportar los costes totales de su actividad, y que estos no son siempre iguales a los daños compensatorios, por lo que en ciertos supuestos es recomendable una condena de cuantía superior a los daños reales sufridos por el demandante. A favor de la función disuasoria se dice que, si es efectiva, llevará a unos niveles óptimos de seguridad. Niveles que se lograrían concediendo una gran suma de dinero, de tal forma que para el demandado en ningún momento resulte rentable la comisión del acto ilícito. Se dan supuestos, principalmente en el mundo de las empresas, en los que para la persona física o jurídica es más rentable económicamente la realización del acto ilícito y el posterior -y posible- pago de la condena a daños compensatorios, que la no realización de la actividad”.<sup>137</sup>

La prevención, entonces, puede ser genérica, alcanzando terceros que adecuan su comportamiento, sabiendo la posibilidad de condena, o individual, llegando a la persona que haya sido condenada o está con proceso en trámite. Como señalan POLINSKY y SHAVELL, “As a number of scholars have pointed out, punitive damages are perfectly suited to create incentives ex ante to produce conformity with the tort law.”<sup>138</sup>

Y este carácter preventivo existe en todos los ámbitos del derecho<sup>139</sup>, con el conocimiento por los ciudadanos de todas las sanciones que pueda sufrir por una conducta contraria a la ley. Solamente se agrava y es tornada prevalente en el sistema de responsabilidad civil, con la aplicación de los daños punitivos.

Y esa es la comprensión de Stiglitz y PIZARRO, según la cual “la adopción de sanciones, en casos de graves inconductas de los proveedores de bienes y servicios, puede erigir-se en un elemento de prevención y de disuasión de enorme importancia. La adecuada implementación de un sistema de penas privadas, especialmente en materia de daños causados por productos defectuosos y por servicios defectuosamente prestados, se puede constituir en un instrumento útil para asegurar, en términos equitativos, el adecuado funcionamiento del mercado y la libre competencia<sup>140</sup>.

---

<sup>137</sup> ROBREDO, Goretti Vadillo, in *Daños punitivos en el proceso civil Norteamericano*, Estudios de Deusto, Revista de la Universidad de Deusto, Segunda época, vol. 44/2, Desde su fundación vol. 57, Fasc.97, Julio-Diciembre 1996, Bilbao, pp- 185-186.

<sup>138</sup> A.M. Polinsky/S.Shavell, *Punitive Damages: An Economic Analysis*, Harv. L. Rev. 111(1998) 870,880 apud SEBOK, Anthony J., in *Punitive Damages in the United States*, em KOZIOL, Helmut e WILCOX, Vanessa (eds), *Punitive Damages: Common Law and Civil Perspectives*, Tort and Insurance Law, vol. 25, SpringerWeinNewYork, p. 166.

<sup>139</sup> *Reformas a la Ley de defensa del consumidor*, la Ley, 2009-B, pgs. 949 ss apud YÁGUEZ, *idem*, *ibidem*, p. 26.

<sup>140</sup> Igualmente no direito administrativo e direito penal.

En efecto, hay que señalar que, si no se imponen daños punitivos, habría un aumento en el número de individuos que elegirían maximizar sus intereses individuales, maximizar su utilidad individual, repitiendo la conducta dañosa una vez que la indemnización paga sería menos costosa que invertir en prevención, pues el daño esperado no corresponde a la realidad, una vez que solamente pagará la indemnización para aquellos que van a juicio, lo que en muchos casos corresponde a una pequeña parte de los lesionados.<sup>141</sup>

De hecho, por medio de las relaciones de masas actuales, en muchos casos el daño ya no se limita a la esfera individual. Lo que ocurre a menudo es la práctica de un daño social que hay que combatir, asumiendo así la fijación de los daños punitivos que van más allá de la violación del derecho individual, ya que este no refleja y no limita el daño efectivamente perpetrado.

Por lo tanto, los daños punitivos deben ser fijados tomándose en cuenta la extensión social del daño, que muchas veces queda sin la protección pues la protección judicial no fuera buscada judicialmente por diversas razones.<sup>142</sup> De otro lado, no se puede olvidar que muchas veces puede suplantar ese daño, incluso en una relación individual, en la hipótesis en la que el ofensor haya obtenido una mayor ventaja por el daño efectivamente causado<sup>143</sup>.

En ese sentido el voto del juez Stevens en el juicio del caso de Philip Morris EE.UU. v. Mayola Williams, representante personal de Jesse D. Williams, difunto, que afirmó que "punitive damages are a sanction for the public harm the defendant's conduct has caused or threatened", lo que demuestra la migración del análisis de las lesiones del plan individual para el social, y, como la protección de los derechos en caso de daños punitivos considera el daño social generado, y incluso el daño potencial.

Así se observa el carácter preventivo de la institución, que tiene como objetivo internalizar los costes de las conductas que generan daños en terceros, de modo a que se críen los incentivos necesarios para evitar la adopción de una conducta ilegal o atingir una cautela más grande de modo a que no se reiteren los daños ocurridos.

Esa conducta puede buscar solamente la internalización de los costes, pues el daño podría quedarse sin compensación. Aunque no tenga generado lucro al ofensor, debe ser combatido, pues solamente por medio de la internalización de los costes, evitará la reiteración de la conducta dañosa o adoptará un nivel más grande de cuidado.

---

<sup>141</sup> Aunque socialmente, analizando en términos generales, a nuestro juicio, habría una reducción igual de sus intereses individuales.

<sup>142</sup> Sea por la pequeña lesión a los bienes jurídicos, sea por la hipossuficiencia económica o técnica.

<sup>143</sup> Aquí hablamos incluso de evitar el enriquecimiento sin causa y atingir la prevención.

SALVADOR saca a la luz una serie de conclusiones acerca de los daños punitivos para la doctrina estadounidense, afirmando que para Shavell y Polinsky (1998) las indemnizaciones punitivas tienen carácter preventivo y solamente deben ser fijadas si el ofensor tiene la capacidad de escapar a otras condenaciones, dejando de lado la censura de la conducta.<sup>144</sup>

De hecho, afirman los doctrinarios citados que los daños punitivos se deben establecer si la parte puede escapar de responsabilidad por los daños causados, en proporción a tal escape. Las cantidades pagadas, en este paso, por encima de lo meramente compensatorio, como daños punitivos se clasifican. Aseveran que “punitive damages ordinarily should be awarded if, and only if, an injurer has a chance of escaping liability for the harm he causes.”<sup>145</sup>

Es decir, para estos autores el objetivo principal de los daños punitivos es prevenir, evitar la reiteración de comportamientos que causan daño a los demás, a través de la internalización de los costes de los daños causados, con la consiguiente adopción del nivel óptimo de cuidado de en la producción y suministro de bienes y servicios.

La doctrina de KLINCK no es diversa, afirmando que “prevention is the most generally accepted theoretical justification for punitive damages. According to this theory, punitive damages should be awarded in cases in which compensatory damages are insufficient to deter behavior that society deems illicit. Compensatory damages alone may not sufficiently deter conduct for a number of reasons. First, because defendants are not always held liable for their actions, they are not required to internalize the costs of all the injuries they cause. Additionally, certain legal rules inherently lead to less than complete recovery for plaintiffs. As a result, punitive damages are necessary to force defendants to fully internalize the harms they cause”.<sup>146</sup>

Afirman POLINSKY e SHAVELL que algunos tribunales estadounidenses han expresado su preocupación por la necesidad de internalizar los costes de la conducta, analizando la variable de posibilidad de escapar a la responsabilización, pero no indican

---

<sup>144</sup>Estamos de acuerdo con Shavell y Polinsky. Coderch afirma que estos estudiosos cambian la conclusión en el caso de que quién haya causado el daño obtenga placer de causar esto. ¿Se estaría pensando, aquí, que el autor del daño tiene mayor utilidad por el placer en la acción, y por lo tanto debería pagar daños punitivos, sob pena de enriquecimiento sin causa?

Además, hay que observar que pensar sólo en la utilidad personal del hecho, olvidando que hay una desutilidad social que debe ser valorada, no es satisfactorio. Lo que entiendo es que siempre habría un perjuicio social, y al final habría una pérdida a ser soportada incluso por el causador del daño, si no se imponen los daños punitivos.

<sup>145</sup> POLINSKY, Mitchell A., SHAVELL, Steven, in *Punitive Damages: An Economic Analysis*, Harvard Law Review, Vol. 111, no. 04 (February 1998), p. 874

<sup>146</sup> KLINCK, Robert A., in *The Punitive Damage Debate Symposium: Reforming Punitive Damages*, Harvard Law of Legislation, Volume 38, 2001, Número 1, p. 470



claramente cómo hacen este cálculo. En el juicio de *Kemezy v. Peters*, 79 F. 3d, 33, 35 (. 7th Cir 1996), se resaltó: “ When a tortious act is concealable, a judgment equal to the harm done by the act will underdeter. Suppose a person who goes around assaulting other people is caught only half the time. Then in comparing the costs, in the form of anticipated damages, of the assaults with the benefits to him, he will discount the costs (but not the benefits, because they are realized in every assault) by 50 percent, and so in deciding whether to commit the next assault he will not be confronted by the full social cost of his activity”<sup>147</sup>

Del mismo modo, en el *v FDIC. W. R. Grace & Co.*, 877 F 2d 614 (7th Cir. 1989), quedó registrado que el autor del daño causado debe pagar por el coste social, analizando la posibilidad de escapar a la responsabilización ““The most straightforward rationale for punitive damages...is that they are necessary to deter torts or crimes that are concealable. Suppose the average defrauder is brought to book only half the time. To confront him with a sanction that will make the fraud worthless to him and thus deter him, it is necessary that when he is caught he be made to pay twice as much as his profit”.<sup>148</sup>

En el mismo sentido es la decisión en el caso *Mathias v. Accor Economy Lodging, Inc.*, en que dos hermanos demandaron al Motel 6, pues fueron mordidos por insectos en el local. Decidió Judge Posner que los daños punitivos al final objetivan limitar “the defendant’s ability to profit from its fraud by escaping detection and (private) persecution. If a tortfeasor is caught only half of the time..., then when he is caught he should be punished twice as heavily in order to make up for the times he gets away”.<sup>149</sup>

De hecho, se observa que la variable de la posibilidad de la responsabilidad es un guía para la fijación de los daños punitivos, pero su cuantificación resulta si no imposible, muchas veces difícil, ya que habría que identificar todos los lesionados, los daños producidos, el posible desinterés en litigar, sea, por los altos costes, sea, por la probabilidad de una baja indemnización en razón de la lesión del bien jurídico, etc.

Además, hay la incertidumbre en la fijación de la indemnización, De hecho, como identificar la posibilidad de la responsabilidad si entran en el cálculo incluso el valor fijado por el juez, que puede ser abajo del efectivamente debido? Y en ese aspecto se observa que se suceden revisiones de las decisiones de la Corte Suprema que reducen los valores de la

---

<sup>147</sup> POLINSKY, Mitchell A., SHAVELL, Steven, in *Punitive Damages: An Economic Analysis*, Harvard Law Review, Vol. 111, no. 04 (February 1998),p. 899

<sup>148</sup> POLINSKY, Mitchell A., SHAVELL, Steven, in *Punitive Damages: An Economic Analysis*, Harvard Law Review, Vol. 111, no. 04 (February 1998),p.899

<sup>149</sup> 347 F.3d 677 (7th Cir.2003), *apud* Shavell, Steven, in *On the proper magnitude of punitive damages: Mathias v. Accor Economy Lodging, Inc.*, Harvard Law Review, vol. 120, no. 5(Mar., 2007), p. 1224.

indemnización, así como límites normativos y baremos en varios Estados, que hacen con que muchas veces la indemnización no corresponda al daño efectivamente producido.

Así, observase que el objetivo primordial de los daños punitivos es establecer la prevención necesaria, conforme la posición doctrinaria que sigo, y tanto lo es que esos doctrina señala la necesidad de analizar la posibilidad de escapar a la responsabilización, de modo a internalizar los costes de la conducta, incentivando a adopción de la cautela debida. Sin embargo, sucintamente demostramos que la cantificación de esa variable es muy difícil de alcanzar.

De eso modo, se concluye que en las hipótesis de relaciones de masa en las que es evidente que la mala prestación de servicios podrá causar daño que afecte a una serie de personas de manera indiscriminada, siendo difícil o imposible identificar a todos los heridos, se justifica la imposición de daños punitivos. Además, en algunos casos puede ser fijado valor más alto que el daño social causado o al lucro obtenido, a fin de lograr la disuasión necesaria, pudiendo valorarse los dos, como veremos adelante.

Observase, por lo tanto, que el objetivo principal y final perseguido es la prevención, de modo a crearse el incentivo para que no se reitere la conducta ilícita<sup>150</sup>.

Analicemos algunos fallos pertinentes, con el fin de analizar el propósito principal de la institución, que creemos que es la prevención.

Según Koenig y Rustad, el primer caso de la responsabilidad del producto reconocido se llevó a cabo en los años 60, en el caso *Roginsky v. Richardson-Merrell, Inc.*, en que el laboratorio de la FDA ocultó los efectos secundarios que el remedio MER-29, que objetivaba reducir el riesgo de ataques al corazón, tenía, falsificando los resultados de las pruebas, incluyendo las que demostraban cambios anormales en la sangre de ratones, ceguera y el cambio de peso en monos. Literalmente, el científico implicado en pruebas con monos determinó que los técnicos falsificasen el gráfico que reflejaba el peso de los monos. Entonces, informó a la comunidad médica la ausencia de cualquier efecto secundario y cambio de la sangre por el consumo del remedio. Después mandó los resultados ficticios relacionados con el peso y análisis de sangre al FDA, afirmando que incluso los ratones muertos habían sobrevivido. Continuó a engañar al FDA, que había determinado dos años

---

<sup>150</sup> Al final, lo que ocurre es que alcanza favorablemente hasta el poder judicial, una vez que al evitar la reiteración de la conducta maliciosa, evitase la reiteración de las demandas sobre el mismo tema. De hecho, una de las consecuencias positivas, por lo tanto, es que con la disminución del daño causado habría una clara reducción de las demandas presentadas en juicio, solucionando un problema importante por lo que pasa la jurisdicción hoy, que es el exceso de litigios, de acciones en curso para abordar el mismo tema, pues las acciones colectivas, cómo la acción popular y la acción civil pública en Brasil, no consiguen lograr el resultado satisfactorio que se esperaba

más de pruebas y al revés de informar que nueve de cada diez ratos tenían opacidad en el ojo, informó que ocho de los veinte tuvieron una leve inflamación en los ojos, y ocultó que algunos de los perros quedaron ciegos cuando se sometieron a pruebas con el medicamento.

151

Una vez autorizado, se hizo una gran campaña para asegurar la ausencia de efectos secundarios adversos y la calidad del producto, con la FDA, después de recibir una carta de científicos de laboratorio encargado del producto de informes de opacidad a los ojos de los ratones, exigido explicaciones del laboratorio que reiteró que sólo un número muy pequeño de los ratones había presentado cambio ocular. El laboratorio después recibió informes de humanos de cambio visual sin modificar la conducta o retirar de la circulación el remedio, reafirmando la inexistencia de efecto secundario de la droga. Después de un período, el laboratorio reportó la posibilidad de efectos secundarios, tales como problemas de la piel, pérdida de cabello y las cataratas, pero indicó la droga. Al final, fue utilizado por cerca de 400.000 consumidores con efectos secundarios en 50.000 pacientes.<sup>152</sup>

El daño punitivo fue fijado en US\$100,000,00 con base en el laboratorio haber mentido a la FDA, la comunidad médica y pacientes<sup>153</sup>. Sin embargo, observase también que tuvo como objetivo evitar attingir la prevención con la internalización de los costes de los daños causados, de modo a desincentivar la conducta ilegal. El importe de la indemnización se revisó en apelación, ante la posibilidad de ser exagerados los daños punitivos y la posibilidad de nuevas condenas contra el laboratorio, ya que muchos sufrieron daños. Al fin, esa suposición no se confirmó, habiendo sólo tres condenas en daños punitivos<sup>154</sup>. Pero se demuestra el afán de búsqueda de una condena de modo a alcanzar la *prevención ideal*.

En el caso Ford Pinto, Grimshaw v. Ford Motor Co. la fijación de la indemnización también ocurrió por la no internalización de los costes por Ford, que prefirió poner el producto en el mercado con riesgos para la población, pues entendió que una eventual acción de indemnización sería menos costoso que rectificar el proyecto.<sup>155</sup>

En el caso Deemer v. AH Robins Co., el producto no tenía las cualidades necesarias, pues el anticonceptivo perforó el útero y ha sido insuficiente para prevenir el embarazo, donde se observa que no fue adoptada la precaución debida o internalizado los

---

<sup>151</sup> KOENIG, Thomas K e RUSTAD, Michael L, *idem, ibidem*, pp. 178-179. Tradução livre.

<sup>152</sup> KOENIG, Thomas K e RUSTAD, Michael L, *idem, ibidem*, pp. 180. Tradução livre.

<sup>153</sup> KOENIG, Thomas K e RUSTAD, Michael L, *idem, ibidem*, pp. 180. Tradução livre.

<sup>154</sup> KOENIG, Thomas K e RUSTAD, Michael L, *idem, ibidem*, pp. 180. Tradução livre.

<sup>155</sup> LOURENÇO, Paula Meira, *idem, ibidem*, p.1042-1043

costes de los posibles daños, así como en *Brown v. Botling Pepsi Cola Co*, donde fueron encontrados restos en descomposición sólo identificables después de tomar el producto <sup>156</sup>.

Otro ejemplo es el caso *Midler v. Ford Motor Co.*, de uso por la FORD de una persona con voz similar a la actriz y cantante Bette Midler, de modo a tomar posesión de su imagen indirectamente, una vez que esta cobraría una cuantía mucho superior que la pagada a la persona que la imitaba. En este caso, no ha FORD internalizado los costes de los daños que se pagarían a la actriz y cantante por la usurpación de sus derechos.

La importancia de los daños punitivos radica en el hecho de que hacen con que las empresas paguen los costes de su conducta, por medio de la internalización de los daños. Afirman Koenig y Rustad que muchas empresas no tienen un departamento de gestión de riesgos, y invierten diversamente en el cabildeo para la reforma de las leyes de responsabilidad civil, en lugar de invertir en el control de calidad, diseño y productos de prueba <sup>157</sup>.

Las hipótesis que analizamos tienen por objeto, de hecho, que sean internalizado los costes de los daños producidos, de manera que la parte demandada no obtenga un lucro con, por ejemplo, su conducta desidiosa. Es decir, se admite la fijación de los daños punitivos, debiendo, si posible, que el ofensor pague por todo el daño causado, teniendo en cuenta inclusive su dimensión social.

El objetivo que se persigue principalmente, en mi punto de vista, no es punir el comportamiento moralmente reprochable, pero alcanzar las precauciones necesarias y adoptar el nivel de cuidado óptimo. Es decir, que sea económicamente más ventajoso para la parte la adopción de un cuidado óptimo.

Como explica DUGGAN:

“the law and economics literature by and large favours exemplary damages, but for reasons of deterrence rather than compensation or retribution. The argument runs as follows. From an economic perspective, the goal of tort law and the law of civil wrongs is to make D internalize the social harm of D’s conduct. Internalization of costs of wrongdoing aligns D’s personal interests with the interests of society at large. Faced with the prospect of being held liable for the amount of harm D’s conduct causes others, D will proceed with the conduct if, and only if, the benefits to D personally exceed the costs of the conduct to others. A damages award against D serves not only to compensate P but also to deter D in the manner just described from engaging in socially harmful conduct”. <sup>158</sup>

---

<sup>156</sup> LOURENÇO, Paula Meira, *idem, ibidem*, pp. 1041-1042

<sup>157</sup> KOENIG, Thomas K e RUSTAD, Michael L, *idem, ibidem*.

<sup>158</sup> Duggan, Anthony, Exemplary Damages in Equity: a law and economics perspective, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, no. 2 (2006) pp 309.

En ese sentido, “el Tribunal Supremo de Idaho en *Jolley v. Puregro Co.*, 496 P2d 939, 945-46(Idaho 1972) dijo:

“Nosotros sentimos que el tribunal, en estos casos civiles, debería estar motivado principalmente por el propósito de disuasión y no por el propósito de castigo. En otras palabras, la valoración de los daños punitivos debería estar guiada por el deseo del tribunal o del jurado de asegurar, en la medida de lo posible, la imposición de una pena económica, de tal forma que conductas similares no ocurran en el futuro. El castigo debe dejarse para el Derecho penal”<sup>159</sup>

Así, observase que hay jurisprudencia que corrobora el entendimiento de la predominancia de la función de disuasión, como el objetivo a ser buscado al aplicar los daños punitivos. Incluso si se fija un daño un poco acima del daño social causado, en algunas hipótesis, cómo cuando hay un incremento patrimonial igual a la ofensa hecha, o que se busca no es la punición, mas traer al sistema la prevención necesaria.

En el mismo sentido explica ROBREDO, indicando que “si el tribunal está convencido de que el fabricante necesita ser disuadido de comportamientos irresponsables condenarán a daños punitivos, aunque la *cause of action* tradicional no lo permita”.<sup>160</sup>

En ese sentido, habiendo lesionado el derecho de un grupo de personas, solamente haciendo que con pague por todos los daños causados, llegase a la disuasión necesaria, general e individual, evitando que el ofensor o tercera persona reitere la conducta dañina, ya que esta no fue beneficiosa o ventajoso al final.

Y, con el fin de excluir la fijación de una indemnización excesiva, y también con el fin de impedir que la empresa entre en quiebra, lo que crearía una overdeterrence, llevando a un daño social mayor o igual al causado por práctica nociva que generó la lesión indemnizable, debe considerarse igualmente posibles condenas pretéritas en contra el acusado, al calcular la indemnización debida.

Se observa que de esta manera hay un mejor equilibrio, lo que limita los daños punitivos a un nivel más justo y razonable, a fin de lograr con mayor precisión su intención preventiva.

---

<sup>159</sup> ROBREDO, Goretti Vadillo, in *Daños punitivos en el proceso civil Norteamericano*, Estudios de Deusto, Revista de la Universidad de Deusto, Segunda época, vol. 44/2, Desde su fundación vol. 57, Fasc.97, Julio-Diciembre 1996, Bilbao, p. 184.

<sup>160</sup> ROBREDO, Goretti Vadillo, in *Daños punitivos en el proceso civil Norteamericano*, Estudios de Deusto, Revista de la Universidad de Deusto, Segunda época, vol. 44/2, Desde su fundación vol. 57, Fasc.97, Julio-Diciembre 1996, Bilbao, p. 189.

Está claro que esta solución, a pesar de que va a mejorar el sistema, no impide las críticas, por no traer respuesta a todos los problemas que pueden surgir. Uno, porque en muchos casos, habrá dificultad en la identificación de las víctimas, así como de los daños que en realidad sucedieron, como afirmamos.

Dos, porque cualquier lesionado que no obtuvo la protección de sus derechos también puede ir a juicio, después de la condena y el pago de una indemnización por daños punitivos, generando overdeterrence al final.

Como veremos más adelante, defendemos la tesis de la sustitución de los daños punitivos por una medida específica, en ciertas situaciones y casos específicos, debido a que satisfacerían directamente a la pretensión de los lesionados, haciendo a menudo que pierdan el interés y la necesidad en litigar.

En conclusión, creemos que la función preventiva de la responsabilidad civil juega un papel principal en relación a los daños punitivos, hoy en día, llegándose a esa conclusión igualmente en razón del modo y criterios que son valorados para la fijación de la indemnización y condena en los daños punitivos.

De todos los modos vemos también por medio de los daños punitivos la función de evitar el enriquecimiento sin causa, que sin embargo está igualmente relacionada con la función preventiva. Además, muchas veces esa sigue jugando papel preponderante, pues posibilita la fijación de indemnización por encima de las ganancias obtenidas por el ofensor, o sea, aunque ya satisfecha la función de evitar el enriquecimiento injusto, para alcanzar la prevención necesaria.

Analicemos ahora la función ejercida por los daños punitivos de evitar el enriquecimiento injusto.

### **2.3.3. El enriquecimiento sin causa como una función de la responsabilidad y presupuesto de partida para la fijación de los daños punitivos.**

Al hablar sobre enriquecimiento sin causa justa estamos delante de un concepto no muy delineado, y sin aplicación única. De hecho, este concepto a veces puede representar una institución autónoma, a veces un principio informador del derecho obligacional, o mismo ser uno de los objetivos buscados por el sistema de responsabilidad civil.

Si tomamos por base el derecho inglés, una misma conducta que generó daño y enriquecimiento sin causa justa puede dar lugar a la posibilidad de la parte pleitear daños

compensatorios, “restitutionary damages”<sup>161</sup> o daños punitivos. Aquí elegimos analizar los daños punitivos. Por lo tanto, cuando además del enriquecimiento injusto, la conducta lesionó derecho de la víctima, o sea, generó daño, sin que la parte renuncie al derecho de compensarlo. En ese aspecto, es uno de los objetivos perseguidos por el sistema de responsabilidad civil.

Aunque haciendo referencia a la función de penalización, cuando vemos en este comportamiento en realidad la función preventiva y de evitar el enriquecimiento sin causa <sup>162</sup>, entiende Starck también que “la reparación civil debe cubrir todo el beneficio del Lesante ...  
<sup>163</sup> „

Por lo tanto, en relación a las indemnizaciones compensatorias, que generan lucro proporcional al daño causado, evitar el enriquecimiento sin causa es igualmente una de las funciones de la responsabilidad civil, que está interrelacionada y proviene de la función compensatoria, pues al compensar el daño, evitase al mismo tiempo el enriquecimiento injusto del ofensor (y, como vimos, al mismo tiempo penaliza, previene, etc.).

Como sostiene The Law Commission sobre la diversidad de métodos de combatir el enriquecimiento sin causa, “restitution, concerned to strip away the gains made by the defendant by the wrong, is only one of several possible remedial responses, of which the most common is compensation.” <sup>164</sup>

De hecho, siempre y cuando el daño generó un lucro para el ofensor, por medio de un pedido de daños compensatórios en parte se evita el enriquecimiento sin causa. Ejemplo: si hay la apropiación de dinero por el ofensor. Al pagar la víctima, si evita el enriquecimiento sin causa, conjuntamente, y de modo indirecto.

Por otro lado, para alcanzar la disuasión ideal se puede aplicar la teoría de los daños punitivos. Por lo tanto, si además de determinar la devolución del lucro, solicitar el pago del daño. De hecho, para utilizar autónomamente la institución del enriquecimiento sin causa en Inglaterra habría que renunciar a la indemnización compensatória.

Por lo tanto, es posible que se busque la compensación y la apropiación del lucro, y en esos casos estamos delante de la aplicación de los daños punitivos.

---

<sup>161</sup> En el derecho inglés se admite la petición de restitutionary damages incluso cuando la conducta genera un daño, siempre que la parte renuncia a la indemnización relacionada al daño. The Law Commission, *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, no. 247, pp. 58-59.

<sup>162</sup> Y de evitar el enriquecimiento injustificado.

<sup>163</sup> STARCK, Boris, *Éssai sur la théorie générale de la responsabilité civile considérée en as double fonction de garantie et de peine privée*, Paris, Librairie Rodstein, 1947, pp. 416 e ss, apud LOURENÇO, Paula Meira, *idem*, *ibidem*, p. 1096.

<sup>164</sup> The Law Commission, *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, no. 247, p.28

Es decir, habiendo el daño en el sistema ingles, y enriquecimiento injusto, si la parte renuncia al daño, puede pleitear la restitución autonomamente. Pero si busca la compensación y ademas evitar el enriquecimiento injusto, estamos delante de la institución de los daños punitivos.

Algunos doctrinarios entienden que en esas hipótesis habría la aplicación de dos instituciones de modo concomitante: la responsabilidad civil (por medio de la indemnización compensatória), y la institución específica del enriquecimiento injustificado.

Esa es la opinión de TOSLADA interpretando la modificación legislativa operada en la L.O. 1/1982, que antes establecia la posibilidad de indemnización por el lucro en el artículo 9o.3. Aduce que esa posibilidad fue quitada por medio de la L.O. 5/2010, autorizando desde entonces el pedido de daños compensatórios y de devolución del lucro por la institución del enriquecimiento sin causa justa. Por lo tanto, no se trataría de una acción judicial con un pedido único de daños punitivos, pero si dos pedidos cumulados de daños compensatórios y enriquecimiento sin causa justa<sup>165</sup>.

Y, en matéria específica del derecho al honor, agrega sentencia del Tribunal Supremo SSTs de 25 de noviembre (RJ 2002, 1274), y 30 de septiembre 2009(RJ 2009, 654) que explican la no aplicabilidad de la teoría de los daños punitivos en el ordenamiento jurídico español.

Entiendo que no hay que aplicar las dos instituciones concomitantemente (responsabilidad civil y enriquecimiento injustificado). Si hay posibilidad, estamos delante del sistema de responsabilidad civil, por medio de la aplicación de la teoria de los daños punitivos.

De hecho, a mí me parece que la modificación legislativa no implica necesariamente la interpretación que extrae TOSLADA, por lo que veo todavia la posibilidad de que la redacción alberga la posibilidad de daños punitivos, pues establece claramente la autorización de además de la indemnización compensatória, la devolución del lucro, en la línea de razonamiento que seguimos.

La redacción original sostenia:

Artículo noveno(...)

Tres. La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del

---

<sup>165</sup> YZQUIERDO TOSLADA, Mariano, *in Responsabilidad Civil Extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*. Dykinson, Madrid: 2015, p. 52.. Sin embargo el mismo doctrinario reconoce la existencia de daños punitivos todavia en el derecho laboral.



que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma.

Por su vez, la alteración legislativa solamente disciplinó de manera más analítica la pretensión resacitória y indemnizatória, sin que desde ahí se pueda concluir por la no aplicabilidad de la teoría de los daños punitivos, Establece la norma:

#### Artículo noveno

Uno. La tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos a que se refiere la presente Ley podrá recabarse por las vías procesales ordinarias o por el procedimiento previsto en el artículo 53.2 de la Constitución. También podrá acudir, cuando proceda, al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Dos. La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y, en particular, las necesarias para:

a) El restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición del estado anterior. En caso de intromisión en el derecho al honor, el restablecimiento del derecho violado incluirá, sin perjuicio del derecho de réplica por el procedimiento legalmente previsto, la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del condenado con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida.

b) Prevenir intromisiones inminentes o ulteriores.

c) La indemnización de los daños y perjuicios causados.

d) La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos.

Si hubo la conducta ilícita y buscada la reparación del daño y la devolución del lucro, entiendo que hay que se alejar la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa justa, y de ese modo estaríamos delante de una hipótesis de conducta subsumible al sistema de responsabilidad civil.

Además, en el derecho inglés es pacífico que para se admitir la aplicación de la institución del enriquecimiento sin causa justa autonomamente, debería haber la renuncia a los daños compensatorios.

Es decir: aunque admitiéndose que haya la aplicación de la institución cuando haya daño, una vez que se busque una indemnización más allá del lucro, se alejaría la institución del enriquecimiento sin causa, como vimos. Este se limitaría a pedir la restitución del aumento patrimonial obtenido pelo ofensor.

De ese modo, entendemos que en esas hipótesis el enriquecimiento injustificado no es aplicado como institución autónoma, pero sí pensado como una de las consecuencias y objetivos alcanzados por medio del sistema de responsabilidad civil.

Por lo tanto, para attingir los objetivos de la responsabilidad civil tenemos aquí que aplicar la teoría de los daños punitivos, que autoriza la fijación de indemnización de

modo a que la conducta no genere lucro ao ofensor. Por lo tanto, hace con que se alcance la disuasión necesaria y indirectamente, al final, evita la apropiación de lucro por medio del agente del daño.

De hecho, como vimos, los daños punitivos objetivan internalizar los costes de la conducta. Si esta genere lucro, deben ser valorados de modo a internalizar los costes y los lucros, de modo a attingir la disuasión necesaria.<sup>166</sup>

En ese sentido la posición de BUN, que entiende como el resto de la doctrina inglesa por la posibilidad de aplicación de uno u otra institución, que no son excluyentes, y dependería de la elección del ofendido. Pero reconoce que para la fijación de indemnización más allá del lucro se hace necesaria la aplicación de la teoría de los daños punitivos.

De hecho, añade el doctrinario, analizando el caso *Rookes v. Barnard* que:

“the exception based on wrongdoing calculated to produce a profit even after paying damages can be defended. It is not necessary for the defendant to have done detailed calculations as to expected profits and damages to be within this exception. Without this exception, wrongdoing could be profitable, especially when the actions involved do not constitute a criminal offense. An approach based on the restitution of the benefits from the wrongdoing is an alternative, but restitution will only ensure that the wrongdoer is no worse off, since he loses what he gained. Punitive damages on the other hand could, if set at a level higher than the gain, operate much more effectively to punish and deter”<sup>167</sup>

En Brasil y España, en hipótesis de combatir el daño y aumento patrimonial conjuntamente, igualmente entiendo que la conducta en general se enfrenta por medio del sistema de responsabilidad civil, con la aplicación de los daños punitivos.

De hecho, en regla general la institución autónoma del enriquecimiento sin causa justa es aplicable cuando no hubiere ocurrido daño. Sin embargo, igualmente se puede utilizar subsidiariamente la institución autónoma, cuando haya ocurrido daño, pero igual que en Inglaterra, aquí no se pagará por el daño, pero solamente se busca la apropiación del lucro.

Es decir: entendemos que en Brasil y España, habiendo daño, y planteada la indemnización por esto y sus consecuencias, estamos delante del sistema de responsabilidad civil.

---

<sup>166</sup> Por otro lado, habiendo lucro y dano, la doctrina inglesa admite la aplicación de la Restitución, desde que renuncie al daño compensatorio.

<sup>167</sup> BUN, Soh Kee, in *Exemplary or punitive damages*. Singapore Journal of Legal Studies, July, 1998, 63.

Analizando la jurisprudencia, observamos que en Inglaterra se estableció que uno de los objetivos de los daños punitivos era el de evitar el enriquecimiento sin causa justa del ofensor. LORENZO añade que "... el caso *Rooks v. Barnard*, 1964, declaró como una segunda categoría de daños punitivos, las situaciones en que el agente se motivó a violar la ley, porque calculó que los beneficios que obtendría con su conducta ilegal superarían el valor de los daños efectivamente soportados por la parte lesionada, siendo estos los únicos que el ofensor tendría que reparar".<sup>168</sup>

Analizando este *decusim*, igualmente aduce BUN que al decidir el caso Lord Devlin "set out three situations where punitive damages can be awarded. The first is when there is oppressive, unconstitutional or arbitrary actions of servants of the government. The second is when the conduct of the defendant has been calculated by him to make a profit which may well exceed the compensation payable to the plaintiff..."<sup>169</sup>.

De hecho, como aclara RENDLEMAN, *in the United Kingdom, the defendant's profitmaking misconduct that "may well exceed the compensation payable to the plaintiff" is one ground for the court to award the plaintiff punitive damages.*<sup>170</sup>

En el mismo sentido explica ROUHETTE la posibilidad de fijación siempre que la conducta dañosa tenga ocurrido pues sería más lucrativa que eventual condena en el pago de daños compensatorios, conducta conocida como *faute lucrative*. Aduce el doctrinario que "the classic example of such conduct is when a newspaper decide to run a potentially libellous story, on account that extra revenue from running the story will more than offset any damages paid if a successful libel claim is brought".<sup>171</sup>

No es diversa la posición de la Law Comission, que aduce:

"When a tortfeasor's conduct was calculated to make a profit which might well exceed the compensation payable to the plaintiff, compensatory damages are likely to be inadequate to deter the tortfeasor from committing the tort(...). In other words, an exemplary damages award should be available to punish the wrongdoer for such conduct, by making it unprofitable to act."<sup>172</sup>

---

<sup>168</sup> LOURENÇO, Paula Meira, *idem, ibidem*, p. 1101

<sup>169</sup> BUN, Soh Kee, *in Exemplary or punitive damages*. Singapore Journal of Legal Studies, July, 1998, 63.

<sup>170</sup> RENDLEMEN, Doug, *in Measurement of Restitution: Coordinating Restitution with Compensatory Damages and Punitive Damages*. 68 Wash. & Lee L. REv. 973 2011, p. 28. *in Rookes v. Barnard* (1964) A.C. 1129, 1226 (U.K.)

<sup>171</sup> ROUHETTE, Thomas, *in The availability of punitive damages in Europe: growing trend or non existent concept?*, *Defense Counsel Journal*, October 2007, Volume 74, n. 4, p.334.

<sup>172</sup> Aunque añada otros requisitos como necesarios para la fijación de daños punitivos, como la conducta conciente de su error. Law Commission no. 247, *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, pp. 58-59. Hay posiciones que rechazan esa conclusion basandose en fallo posterior.

The Law Commission apunta las diferencias entre el pedido de restitución y de indemnización por daños punitivos que busca combatir la conducta dañosa que visa el lucro. Reside en tres factores, dentre ellos:

1) lo que genera el derecho a los daños punitivos es el motivo de lucro, cuando para la acción de restitución, hay necesidad de que ese se concrete. “this mean that exemplary damages may be awarded even though restitutionary damages are unavailable”<sup>173</sup>.

Concordamos con esa característica de los daños punitivos, una vez que defendemos la posibilidad de fijación de daños punitivos en razón de la potencialidad dañosa de la conducta<sup>174</sup>

2) hay la posibilidad de daños punitivos en valor por encima del lucro obtenido<sup>175</sup>.

Aquí igualmente concordamos con la conclusión sobre los daños punitivos. Se encaja en la doctrina que sustentamos, que incluso hay de ser en valor más grande, de modo a attingir la disuasión necesaria. Así, por ejemplo, cuando hubiera la compensación y devolución del lucro, al mismo tiempo.

En el mismo sentido del supra expuesto, la doctrina de RENDLEMAN, que esclarece que “a plaintiff’s recovery of both her damages and defendant’s profit would be, the Comments observes, *anomalous in restitution terms, constituting a punitive sanction*.”<sup>176</sup>

La jurisprudencia americana igualmente se inclina sobre la aplicación de la teoría de los daños punitivos con el objetivo de evitar el enriquecimiento injusto. De hecho, explican con propiedad POLINSKY y SHAVELL que, aunque en el sistema de responsabilidad civil la indemnización sea basada en el daño, el lucro obtenido es valorado para la fijación de los daños punitivos. Trae como ejemplo el fallo del caso Pacific Mutual Life Insurance Co v. Haslip, que estableció la necesidad de la indemnización remover el lucro y hacer aún que el ofensor soporte una pérdida. Constó del *decisum*<sup>177</sup>:

Also before its ruling in the present case, the Supreme Court of Alabama had elaborated and refined the Hammond criteria for determining whether a punitive award is reasonably related to the goals of deterrence and retribution. Hornsby, 539 So.2d, at 223-224; Central Alabama, 546 So.2d, at 376-377. It was announced that the following could be taken into consideration in determining whether the award

<sup>173</sup> The Law Commission, Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages, no, 247, p.58

<sup>174</sup> En ese punto concordamos con la doctrina, admitiendo, por ejemplo, la indemnización punitiva por el daño potencial.

<sup>175</sup> Habla en punición, cuando veo más un carácter disuasório

<sup>176</sup> Restatement (THIRD) of Restitution & Unjust Enrichment § 42, apud RENDLEMAN, Doug, in Measurement of Restitution: Coordinating Restitution with Compensatory Damages and Punitive Damages. 68 Wash. & Lee L. REv. 973 2011, pp. 998-999.

<sup>177</sup> POLINSKY, Mitchell A, SHAVELL, Steven, in Should liability be based on the harm to the victim or the gain to the injurer? Discussion paper no. 138, 12/93, Harvard Law School, December 1993. Disponible en [http://www.law.harvard.edu/programs/olin\\_center/papers/pdf/Shavell\\_138.pdf](http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Shavell_138.pdf), acceso en 23 de enero de 2017.

was excessive or inadequate: (a) whether there is a reasonable relationship between the punitive damages award and the harm likely to result from the defendant's conduct as well as the harm that actually has occurred; (b) the degree of reprehensibility of the defendant's conduct, the duration of that conduct, the defendant's awareness, any concealment, and the existence and frequency of similar past conduct; (c) the profitability to the defendant of the wrongful conduct and the desirability of removing that profit and of having the defendant also sustain a loss; (d) the "financial position" of the defendant; (e) all the costs of litigation; (f) the imposition of criminal sanctions on the defendant for its conduct, these to be taken in mitigation; and (g) the existence of other civil awards against the defendant for the same conduct, these also to be taken in mitigation.

Así, pues, aquí el enriquecimiento sin causa no se valora como una institución autónoma, que adquiere caracteres propios, alejándose del sistema de responsabilidad civil, pero sí considerado como una de las funciones de la responsabilidad<sup>178</sup>.

CAMPOS añade que:

"el alcance del enriquecimiento sin causa coincide con el ámbito de los movimientos de capital, es decir, todos los hechos que determinan el aumento de un patrimonio a expensas de los demás, sea cual sea la forma en que este aumento va a operar" y "evitar el enriquecimiento injusto es uno de los fines generales del derecho de las obligaciones"<sup>179</sup>. Añade que "el principio de prohibición de enriquecimiento injusto en detrimento de otros es uno de los más generales del sistema jurídico".<sup>180</sup>

En este sentido, la doctrina y la jurisprudencia han pensado en esta institución, como una regla general, como principio, que es parte incluso del sistema de responsabilidad civil, como se observa de los fallos cotejados y puede ser considerado uno de los objetivos o funciones de la responsabilidad civil.<sup>181</sup>

<sup>178</sup> Para VENOSA, por otra parte, el enriquecimiento sin causa no requiere la devolución de todo el valor añadido por la conducta, ya que se limita a un empobrecimiento de la otra parte, en conflicto con la opinión de Mota y PEREIRA, que admiten incluso que haya un enriquecimiento sin causa, sin perjuicio a terceiros (Observo que diversamente do nosso posicionamento, este não o vislumbra como uma função da responsabilidade civil, entendendo que eventual incremento patrimonial que exceda o dano deve ser restituído por força das normas atinentes ao enriquecimento sem causa. Ou seja, não se imiscui na seara dos danos punitivos). CAMPOS, Diogo Paredes Leite de, idem, ibidem, p. 08. Campos considera innecesaria el análisis del daño causado y debe valorarse el aumento del capital en favor del ofensor (Aquí, deixamos de valorar a ilicitude como fundamento da responsabilidade civil, na esteira do entendimento que preconiza a possibilidade de responsabilidade civil por ato lícito). Como vimos, en el sistema jurídico inglés es posible que la parte elija una acción de Restituición, y no la condena en daños punitivos. Lo que pasa es que aquí estaremos tratando de la acción de indemnización por daños, donde evitar enriquecimiento injusto, pues, es uno de los objetivos que persigue la parte interesada.

<sup>179</sup> CAMPOS, Diogo Paredes Leite de, in *Enriquecimento sem Causa e Responsabilidade Civil*, disponível em <http://www.fd.uc.pt/docentes/dlcampos/enriqscusaerespciv000.pdf>, visitado 05.02.2016, p. 02.

<sup>180</sup> CAMPOS, Diogo Paredes Leite de, in *Enriquecimento sem Causa e Responsabilidade Civil*, disponível em <http://www.fd.uc.pt/docentes/dlcampos/enriqscusaerespciv000.pdf>, visitado 05.02.2016.

<sup>181</sup> CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ENSINO SUPERIOR. ESTUDANTE. FUNDO DE FINANCIAMENTO AO ESTUDANTE DO ENSINO SUPERIOR (FIES). 1. Não obstante o descuido da autora quanto ao dever de requerer perante a CEF o encerramento da utilização do financiamento, não pode ser acolhido como justificativa para a cobrança do débito das parcelas apuradas após a data do cancelamento da

El enriquecimiento sin causa, por lo tanto, puede actuar también como "principio informador del derecho obligacional, en virtud del cual denota su carácter de cláusula general" como preleciona JORGE, "como un modelo legal abierto que ofrece una alternativa para que pueda cumplir con los requisitos éticos y sociales. Se puede decir entonces que si bien es un principio, el enriquecimiento sin causa es una cláusula general, que tiene por objeto asegurar la garantía de equilibrio de la seguridad y la conmutatividad en las relaciones obligacionales, dejando al juez o al intérprete adaptar las normas a las situaciones cotidianas que se producen de hecho, en la sociedad. "<sup>182</sup>

Al discutir sobre el enriquecimiento injusto, VENOSA explica: "Se debe entender como" sin causa "el acto jurídico carente de razón alojada por la ley. La causa puede existir, pero se fuera injusta, hay el locupletamento inadecuado. Enriquecimiento puede emanar tanto de un acto jurídico, como negocio jurídico, así como de acto de tercera persona ".<sup>183</sup>

Como hemos visto, el enriquecimiento injusto también opera como un principio y función de la responsabilidad civil. De hecho, cuando se piensa en el enriquecimiento sin causa como una institución autónoma, esto tiene sus propios caracteres, como se mencionó

---

matrícula, sob pena de caracterizar **enriquecimento sem causa** por parte do agente financeiro e da instituição de ensino, em detrimento da autora. 2. Em relação aos pagamentos indevidos, liberados incorretamente à instituição de ensino, caberá à empresa ré tomar as providências que se fizerem necessárias, visando ao ressarcimento de todo o montante repassado. 3. Recurso de apelação da ré não provido. AC 00058188020064013807 AC - APELAÇÃO CIVEL - 00058188020064013807 JUIZ FEDERAL MARCOS AUGUSTO DE SOUSA (CONV.) e-DJF1 DATA:26/09/2011 PAGINA:55 TRF1 SEXTA TURMA

CIVIL. **RESPONSABILIDADE CIVIL**. DANO MORAL E MATERIAL. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL (CEF). CONCORRÊNCIA PÚBLICA. VENDA DE IMÓVEL COMERCIAL. RENDA MÍNIMA. REQUISITO NÃO PREENCHIDO PELA LICITANTE. DEVOLUÇÃO DO VALOR PAGO A TÍTULO DE CAUÇÃO E ENTRADA. INCIDÊNCIA DE CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS. POSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. 1. Inexiste dano moral a ser reparado, uma vez que a autora não demonstrou sua capacidade de endividamento, requisito indispensável à obtenção do pretendido financiamento para aquisição do imóvel pretendido. 2. O valor adiantado pela licitante, a título de caução e de entrada, que foi restituído, deve ser devidamente atualizado, porquanto a incidência de correção monetária não constitui acréscimo ao montante devido, senão mera atualização do poder aquisitivo da moeda, com o objetivo de evitar o **enriquecimento sem causa** do devedor. Precedente. 3. Os juros de mora decorrem de previsão legal, e são devidos a partir do evento danoso (Súmula 54-STJ), no percentual de 0,5% até a entrada em vigor do novo Código Civil, e, a partir daí, calculados pela taxa Selic, a qual engloba juros e correção monetária, não incidindo, assim, qualquer outra atualização, consoante o art. 406 do Código Civil, e a mais recente orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça a respeito da matéria. 4. Valor dos honorários advocatícios que se mantém ante a singeleza da matéria em exame. 5. Sentença parcialmente reformada. 6. Apelação da CEF provida em parte. 7. Apelo da autora desprovido. AC 00097768920014013600 AC - APELAÇÃO CIVEL - 00097768920014013600 e-DJF1 DATA: 06/09/2010 PAGINA:30 DESEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO, TRF1, SEXTA TURMA.

<sup>182</sup> JORGE, Vinícius Eduardo Silva, in Enriquecimiento sin causa como cláusula geral do Código Civil: Interpretação civil-constitucional e aplicabilidade judicial. Revista Âmbito Jurídico, disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9921](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9921), visitado 04.02.2016.

<sup>183</sup> VENOSA, Silvio de Salvo, in Enriquecimiento sem Causa, disponível em [http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/1652/ENRIQUECIMENTO\\_SEM\\_CAUSA](http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/1652/ENRIQUECIMENTO_SEM_CAUSA), visitado 05 de fevereiro de 2016.

anteriormente, siendo una medida subsidiaria, y donde no es necesario, por ejemplo, la ocurrencia de acto ilícito, daño o empobrecimiento de la parte contraria para su incidencia <sup>184</sup>.

La responsabilidad civil, a su vez, presupone la existencia de daños, y para muchos, acto ilegal <sup>185</sup>.

Así, el daño es uno de los requisitos para la configuración de la responsabilidad civil y muchas veces por medio de la posibilidad de condenación en una indemnización punitiva, evitase el enriquecimiento injusto, y se alcanza la prevención necesaria.

En ese paso, entiendo que para su aplicación hay que haber daño, aunque no se hace necesario que este corresponda a todo el provecho económico. Los daños punitivos, pues, en ese aspecto, objetivan la devolución del incremento patrimonial por encima de los daños compensatorios causados, sin olvidar la posibilidad de agregar el pago del daño causado, so pena de no ser atingida la disuasión ideal. <sup>186</sup>

De ese modo, siempre y cuando ocurra un daño que ha generado igualmente un lucro para aquel que ocasiona el daño, los objetivos del sistema de responsabilidad civil no se limitan a la función compensatoria, con el pago del daño causado, o la función preventiva, pero agregan la de evitar el enriquecimiento sin causa justa <sup>187</sup>.

En la hipótesis del lucro igualar eventual indemnización compensatoria, el enriquecimiento sin causa es combatido por medio de la simples compensación, aunque para attingir el objetivo disuasorio, sin embargo, habría que procederse a la aplicación de la teoría de los daños punitivos.

Cuando el lucro supera la indemnización compensatoria, para alcanzar los dos objetivos se hace necesaria la aplicación de la teoría de los daños punitivos, con la fijación de indemnización superior al daño. Por lo tanto, por medio de los daños punitivos evitase el enriquecimiento injusto y alcanza la disuasión ideal.

En ese sentido, REGLERO, que afirma:

---

<sup>184</sup> Como en la hipótesis sugerida por Antunes Varela, citado por MOTA y PEREIRA <sup>160</sup>, del uso de caballos de terceros para competición, sin su consentimiento, aunque este no lo iba a utilizar para el evento. MOTA, Mauricio Jorge Pereira da e PEREIRA, Daniel Queiroz, *in* O enriquecimento sem causa: uma análise histórico-comparada, Revista Quaestio Iuris, vol. 04, no. 01, ISSN 1516-0351, pp. 161-188.

<sup>185</sup> Aunque algunos estudiosos que defienden la posibilidad de responsabilidad civil por un acto lícito. Por su vez, hay la posibilidad en el Derecho Inglés de acción de restitución cuando haya daño, siempre que haya la renuncia a la indemnización compensatoria.

<sup>186</sup> Sin embargo, hay la posibilidad de fijación de daños punitivos sin que ocurra aumento patrimonial. Fijase indemnización acima del valor compensatorio, considerando el dano social que ocurrió.

<sup>187</sup> Hay que se observar que ese enriquecimiento puede ser no solamente directo, pero igualmente indirecto. En el caso Grimshaw v. Ford Motor Co, por ejemplo, el lucro fue obtenido pues hubo la venta de un gran número de automóviles con el problema, sin que hubiera una acción de indemnización contra Ford. Por lo tanto, hubo un lucro en la venta de los automóviles con el costo de fabricación más económica.

“... hay casos en los que están justificados los daños punitivos(...) por decirlo de forma más general, cuando la causación del daño proporciona al dañante un beneficio mayor que la indemnización que debe satisfacer al perjudicado”<sup>188</sup>  
“Es menester desalentar estas conductas mediante sanciones que insten al infractor a no repetirlas, efecto que ha de ser útil también, en la función preventiva, para disuadir a otros potenciales dañadores. De otra manera, quien obtiene un beneficio merced a una conducta ilícita gravemente indiferente de sus consecuencias, quedaría impune y dispuesto a persistir en su accionar disvalioso para el próximo, si sólo debería afrontar el resarcimiento puro, indemnización cuyo monto puede resultar de escasa significación monetaria, y quizás muy inferior a las ganancias logradas por el responsable. Se impone, pues, la sanción civil como un plus que se traduce en las condenaciones punitivas. Así lo reclama el principio de retribución social, objetivo del moderno Derecho de Daños que tiende a contemplar, amén de la dualidad víctima responsable, el encuadre mayor de la prevención y de la solidaridad que la trasciende, pues tiene en mira la incidencia social de las conductas dañosas”.<sup>189</sup>

Como visto, si así no fuera, podría ser ventajoso arriesgar repetirse el comportamiento, ya que sólo excepcionalmente pagaría por todos los daños cometidos, que por su vez se limitarían a los beneficios obtenidos por la conducta ilegal.

En este sentido, el entendimiento de GUTIERREZ, que "defiende la necesidad de que la indemnización no se limite a reparar el daño sufrido por el perjudicado, y tal alcance se logra mediante la ampliación de la responsabilidad aquiliana, observando los beneficios obtenidos por el autor del acto ilegal; o a través del enriquecimiento sin causa, dejando el enriquecimiento de estar limitado al empobrecimiento de la víctima "<sup>190</sup>.

Aunque haciendo mención a la función preventiva (una vez que vimos que están interrelacionadas), observase aquí igualmente, por medio de la doctrina de DOBBS, que los daños punitivos alcanzan igualmente el objetivo de evitar el enriquecimiento injusto. Esclarece KOZIOL que la doctrina afirma que “for torts committed in the course of a profit-motivated activity, the deterrence measure should usually be either the profit or gain derived by the defendant from the activity or the plaintiff’s reasonable litigation costs, including a reasonable attorney’s fees.”<sup>191</sup>

ROUHETTE, analizando áreas específicas del derecho, trae cuestionamientos e posiciones favorables de los jueces y magistrados en relación a los daños punitivos, cuando analizan peticiones de responsabilidad civil. Enseña que “some judges have therefore

<sup>188</sup> REGLERLO CAMPOS, Luis Fernando, in AAVV, *Tratado de responsabilidad civil* (coordinador L. Fernando Reglero Campos) cuarta edición, 2008, tomo 1, pgs. 73-92, apud YÁGUEZ, *idem*, *ibidem*, p. 106.

<sup>189</sup> Aníbal Norenerto PIAGGIO, M. Fabiana COMPIANI, Delma CABRERA y Alejandro Javier VETRANO, *las condenaciones punitivas y el Proyecto del Código Civil de 1998*, en Revista de responsabilidad civil y seguros (argentina), año II, núm. 2, marzo-abril 2000, pgs 23-35, apud YAGUEZ, *idem*, *ibidem*, pp. 27-28.

<sup>190</sup> GUTIÉRREZ, Guilarte, in *La Superación del Empobrecimiento de la Víctima como Medida Indemnizatoria Frente a la Responsabilidad Extracontractual*” RDP, 1991, p. 1032, apud LOURENÇO, Paula Meira, *idem*, *ibidem* p. 1096

<sup>191</sup> KOZIOL, Helmut, in *Punitive Damages- A European Perspective*, 68 La. L. Rev. 741 2007-2008.



considered that merely awarding compensatory damages to rigidly apply the full compensation principle was unfair, inefficient and did not serve the public interest.

German courts, for instance, have allowed under certain conditions, the recovery of an amount equal to the infringer's profits or to fictitious license fees, as an alternative to the recovery of damages actually suffered, in the case of the infringement of an intellectual property right or of certain similar acts of unfair competition".<sup>192</sup>

KOZIOL esclarece que la Suprema Corte Alemã admite los daños punitivos con el objetivo de evitar el enriquecimiento injusto. Explica que "it accepts such damages as far as they aim at full compensation of losses that are not otherwise taken into regard or that cannot be proven, or if damages aim at stripping off profits that the defendant gained through his wrongful behaviour"<sup>193</sup>.

DOBBS, aduce que "recommends that punitive damages be measured by the direct and indirect profits the defendant has earned or will earn from the misconduct"<sup>194</sup>

Sin embargo, entiendo que, en las hipótesis supra, cuando el daño es proporcional al lucro o más grande que ese, por medio de la teoría de los daños punitivos se autoriza además de la apropiación del lucro, el pago de la indemnización, de manera a alcanzar la disuasión ideal.

Por lo tanto, la teoría aplicada permite que se evite el enriquecimiento injusto, autorizando, en mi punto de vista, la devolución de todo el lucro y además el pago de la indemnización, pues de ese modo se crean los incentivos para no repetir la conducta ilegal.

Del mismo modo que se piensa en una relación individual, podemos aplicar el raciocinio para al analizar el daño social ocurrido, admitir también un aumento de la indemnización considerada la lesión social causada. Por lo tanto, una vez fijada una indemnización que la incluya, posibilitar la fijación de una cuantía por encima del valor del daño social ocurrido, con la devolución del lucro, por ventura obtenido, de modo a generar el incentivo necesario para la adopción del cuidado ideal y desincentivar la conducta ilegal. Hay que admitírselo de modo a attingir la prevención de modo más eficaz.

De hecho, en las hipótesis de lesiones de masa, objeto precípua de nuestra investigación, esa interpretación y conclusión se muestra más precisa.

En esos tipos de lesiones, si no si admitiera los daños punitivos, aunque aplicando las dos instituciones concomitantemente<sup>195</sup>, o sea, si en una lesión de masa que hubo aumento

---

<sup>192</sup> ROUHETTE, Thomas, in *The availability of punitive damages in Europe: growing trend or non-existent concept?* *Defense Counsel Journal*, October 2007, Volume 74, n. 4, p.325

<sup>193</sup> KOZIOL, Helmut, in *Punitive Damages- A European Perspective*, 68 La. L. Rev. 741 2007-2008, p. 750.

<sup>194</sup> KOZIOL, Helmut, in *Punitive Damages- A European Perspective*, 68 La. L. Rev. 741 2007-2008, p.760.

patrimonial al ofensor se admitiera y aplicara la teoría del enriquecimiento sin causa justa y compensación de daños, apenas se autorizaría la devolución del lucro e compensación individual a cada uno que viniera en juicio. No se internalizaría los costos sociales del daño.

Es decir: esa interpretación no incorporaría la finalidad preventiva del sistema de responsabilidad civil, una vez que apenas parte de los lesionados irían a juicio buscar la tutela de sus derechos y la protección contra la lesión sufrida. Todavía seguiría ventajoso para el ofensor la práctica da conducta ilícita. Igualmente, pensado en su aspecto macro, el enriquecimiento sin causa justa no sería evitado.

O sea: aunque se permita y se entienda que en algunas lesiones individuales el pleito de compensación y devolución del lucro serian hipótesis de compensación y enriquecimiento sin causa, punto que discordamos, cuando se tratan de lesiones de masa solamente conseguimos atngir los objetivos del sistema de responsabilidad civil por medio de la aplicación de la teoría de los daños punitivos.

Por lo expuesto, podemos concluir que la posibilidad prevista en la legislación de un medio puesto a la disposición de los ofendidos para la protección de su derecho no aleja la posibilidad de otros instrumentos. La posibilidad de valerse de la institución autonomamente del enriquecimiento sin causa no vacia la posibilidad de un pedido de daños punitivos que muchas veces es incluso mas beneficioso.

Como veremos adelante, esa conclusión se encuentra tipificada en algunas leyes que prevén los daños punitivos en Brasil, como los artículos 42, párrafo único del Código de Defensa del Consumidor y el artículo 940 del Código Civil brasileño, que establece la devolución de la cobranza indebida de la cuantía paga de modo excedente o dÍvida ya pagada<sup>196</sup>.

Por lo tanto, al revés del fallo judicial determinar apenas la devolución de la cuantía indebida pagada o reconocer la inexistencia de la deuda, determina igualmente el pago de una indemnización punitiva por el ofensor por la cobranza de deuda inexistente, si no se crearían los incentivos necesarios para que no se repitiera la acción.

Así, el ejemplo de un banco que cobre una tarifa excesiva de sus clientes. Si se limita la indemnización al lucro, no habría incentivos para que ese cesase la conducta ilícita,

---

<sup>195</sup> Medida que es sustentada por algunos doctrinarios españoles.

<sup>196</sup> Art. 42. En el cobro de deudas, el consumidor moroso no será expuesto a burlas, ni será sometido a ningún tipo de agravio o amenaza. Parágrafo único. Al consumidor que le han cobrado una cuantía indebida, tiene derecho a la repetición del pago indebido, por un importe igual al doble de lo que pagó en exceso, agregándole la corrección monetaria y los intereses legales, salvo en hipótesis de engaño justificable.

Art. 940. Aquel que demanda por una deuda ya paga, en su totalidad o en parte, sin ajustar los valores recibidos o pedir más de lo debido, estará obligado a pagar al deudor, en el primer caso, el doble de lo que fue cobrado y, en el segundo, el equivalente de lo exigido, salvo si hay prescripción.

pues solo eventualmente sería responsabilizado <sup>197</sup>, y en esos casos lo máximo que pagaría sería la cuantía obtenida con la conducta ilícita, el lucro, sin experimentar cualquier reducción patrimonial

A menudo limitar la indemnización al daño sufrido, o al lucro obtenido, incluso en su ámbito social, puede no producir el estímulo necesario para el ofensor, siempre que la conducta haya generado un beneficio igual o superior a los daños compensatorios debidos, ya que sólo ocasionalmente sería la parte obligada a compensar la totalidad del daño causado, o devolver el lucro, lo que ni siempre ocurre, siendo consciente de la dificultad de identificación de esos daños y heridos, así como de condena efectiva de todos los daños, especialmente en las relaciones de masa. Por lo tanto, solo excepcionalmente habría condenación, y esta determinaría apenas al máximo la devolución de lo que ganó con la conducta ilícita. De ese modo, hay que somar el lucro más el daño de manera a attingir la disuasión ideal.

En ese sentido se expresa KOZIOL, cuando afirma con relación a los daños de propiedad intelectual, que “shifting off the profits netted by the violation of an intellectual property right does not display strong preventive effects, because the defendant only has to hand over the gained profit and thus does not suffer any disadvantage. On top of this, the offender takes a rather insignificant risk of being discovered” <sup>198</sup>. (...). Therefore, the idea that the offender has to pay double the amount of a reasonable remuneration cannot be restricted convincingly to intellectual property rights. Rather, it has to be extended to all those cases of unauthorised use of other people’s property where a higher vulnerability exists and where the belated payment of the adequate fee will not have a preventive effect”. <sup>199</sup>

En esta línea de intelección, daños punitivos tienen el fin de llenar este vacío, admitiendo una mayor indemnización que los daños efectivamente causado, y excepcionalmente al lucro obtenido, <sup>200</sup> con el objetivo de prevenir la repetición de la conducta ilegal.

La teoría de los daños punitivos evita que la parte tenga ventaja económica por medio de su conducta ilícita, o aún que no tenga que pagar por el perjuicio, no tenga que desembolar cualquier cuantía para la reparación del daño causado, una vez que proporcional a su lucro.

---

<sup>197</sup>De acuerdo con Polonsky y Shavell, los daños punitivos se fijan en sólo el 6% de las acciones juzgadas precedentes. POLINSKY, Mitchell A., SHAVELL, Steven, in *Danos Punitivos*. idem, ibidem, p.01

<sup>198</sup> KOZIOL, Helmut, in *Punitive Damages- A European Perspective*, 68 La. L. Rev. 741 2007-2008, p.758.

<sup>199</sup> KOZIOL, Helmut, in *Punitive Damages- A European Perspective*, 68 La. L. Rev. 741 2007-2008, p.759.

<sup>200</sup>Aunque algunos estudiosos limiten al daño social realmente causado.

Por lo tanto, en el campo de la responsabilidad civil, se observa que, si el infractor ha obtenido un beneficio de la conducta daniña, proporcional al daño, la determinación de la reparación del daño en su totalidad, a menudo impide el enriquecimiento sin causa justa del ofensor.<sup>201</sup> Sin embargo, si el lucro es más grande que el daño causado, o se busca attingir la disuasión ideal se hace necesaria la aplicación de la teoría de los daños punitivos.

Con el pago de una indemnización compensatória, ya se alcanza parcialmente este objetivo disausório, pues una parte del lucro regresa al ofendido. Por otro lado, con la determinación de la devolución de todo el lucro que ha obtenido, y además el pago del daño causado, por medio de la aplicación de la teoría de los daños punitivos<sup>202</sup>, ese intento es alcanzado de manera más patente.

Así, en el caso de los daños punitivos, su aplicación objetiva evitar el enriquecimiento sin causa, y al mismo tiempo genera una prevención si no individual (por ejemplo, muerte del ofensor), pero general.

La verdad es que generalmente el objetivo buscado de evitar el enriquecimiento sin causa convive lado a lado con el de prevención. Solamente en la hipótesis de esa ser innecesaria, como establecemos anteriormente, (muerte del ofensor, por ejemplo), ese sería buscado de modo aislado. De todos los modos, igualmente en esos casos tiene efecto disuasorio general.

Así, como ejemplo de aplicación de daños punitivos para evitar el enriquecimiento sin causa y concomitantemente attingir la prevención, tenemos la hipótesis creada por Amelia J. Toy de un comerciante que tiene conocimiento que una imagen vale US\$ 1.000,00 para el propietario y en el mercado, pero vale US\$ 1.500,00 para tercera persona, que estaría dispuesta a pagar esta cantidad. En este caso, contra la negativa de la venta, el comerciante tendría ventaja en la apropiación ilícita de producto, pagando una indemnización por daños y perjuicios.<sup>203</sup> Por lo tanto, en esos casos, para evitar la práctica de esta conducta, generando los incentivos necesarios, el ideal sería el establecimiento de los daños punitivos por el provecho obtenido y igualmente por el daño causado. Las indemnizaciones se sumarían a título de daño punitivo.

---

<sup>201</sup> Sin embargo, en esas hipótesis, hay que se fijar una indemnización más alta para attingir la prevención necesaria

<sup>202</sup> Además de la compensación, para attingir el objetivo disuasorio.

<sup>203</sup> Amélia J. Toy, in *“Statutory Punitive Damages Caps”*, cit., pp. 311-312, apud LOURENÇO, Paula Meira, idem, ibidem, p. 1047. En este caso, hay que se cuestionar si la aplicabilidad de la institución sería necesaria para crear los incentivos para la no adopción del comportamiento ilícito. El sistema legal ofrece, a través de otros campos, el incentivo para no adoptar tal comportamiento. En el presente caso, si la disuasión interpuesta por la ley penal no se hace suficiente, con una intensidad mucho menor lo haría doctrina de los daños punitivos.

En algunas hipótesis el enriquecimiento injusto puede decurrir de una relación individual, cómo por ejemplo por medio de la violación de una patente, de derechos del autor, derecho de propiedad, la cobranza indebida de dívida, etc.

Y en esos casos, además de la lesión causada por la violación del derecho, igualmente puede haber un aumento patrimonial por su explotación. Así, por ejemplo, cuando hay invasión de una propiedad y se utiliza el espacio para un evento, con cobranza de entrada<sup>204</sup>. O la apropiación de un vehículo y utilizarlo para hacer transporte de personas (Ex: uber).

Como vimos, solamente la devolución del lucro no hace con que se consiga el objetivo de disuasión. Se atinge, es cierto, el objetivo de evitar el enriquecimiento injusto. Pero para la disuasión, en hipótesis de lucro con la conducta ilícita, hay de admitirse la fijación de una indemnización superior a este. Algunas normas preven la posibilidad de fijación de una indemnización compensatoria y la devolución del lucro por medio de la teoría de los daños punitivos, como ha sido indicado.

Por su vez, como vimos, en algunas ofensas el aumento patrimonial ilegal puede surgir en razón de lesiones que ocurren difusamente y que además generan lucro<sup>205</sup>, como por ejemplo la cobranza de tarifa ilegal por un banco.

Por lo tanto, aquí hay dos cuestiones a enfrentar:

a) una que es la indemnización que se fijaría si apenas una persona fuera la lesionada. Como hubo aumento patrimonial, lo ideal es que hubiera una autorización para fijar una indemnización no sólo compensatoria, pero punitiva, o la parte, en ejemplo utilizado, apenas pagaría lo que ganó. Si el lucro fuera más grande que la indemnización (por ejemplo, aplicó el dinero de la tarifa en inversiones lucrativas), igualmente no habría incentivo para no repetir la conducta. Así, como en el ejemplo anterior, debería ser determinado el pago del daño y la devolución del lucro, por medio de la teoría de los daños punitivos.

b) La otra cuestión dice respecto a lesiones de masa, y que genera igualmente un lucro al ofensor. Como pocos van a juicio, lo ideal sería fijar una indemnización que englobase todo el daño causado, por medio de los daños punitivos. Y, además, por lo que explicado anteriormente, por medio igualmente de la teoría de los daños punitivos, aplicar una indemnización que corresponda al daño sumado al lucro obtenido. Por lo tanto, fijar indemnización de toda la ofensa, y una cuantía más grande, para generar los incentivos

---

<sup>204</sup> De hecho, es posible que pague a título de compensación por la utilización del espacio menos que lo que habrá arrecadado con la fiesta.

<sup>205</sup> Generalmente el problema surge cuando el lucro es significativo con relación a la indemnización compensatoria. Primordialmente si es igual o más grande que eventual compensación

correctos, para no repetir la conducta. De ese modo evitaria el enriquecimiento sin causa y atingiría la disuasión necesaria.<sup>206</sup>

Se observa que este ejemplo es diverso de hipótesis de lesiones de masa que no generaron lucro al ofensor, y donde igualmente cabe la teoría de los daños punitivos. Aquí no se habla de enriquecimiento sin causa, pues enriquecimiento no hay. Pero para que si alcance la prevención necesaria, uno de los objetivos principales del sistema de responsabilidad civil, se hace necesario que se pague por todo el daño social causado, y en una acción individual eso ocurre por medio de los daños punitivos, internalizando los costes de su conducta, de modo a adotar la cuatela ideal o no repetir la conducta ilícita<sup>207</sup>.

Entonces, en la hipótesis b, los daños punitivos son aplicados en dos momentos. En uno, para que internalice los costes del daño social, pagando por todo el daño en la sociedad. En otro, cuando la conducta generó lucro, para generar el incentivo y evitar la repetición, con la indemnización total englobando el daño y el lucro obtenido.

Analizando los sistemas legislativos, se encuentran en algunas normas previsión expresa de aplicación de daños punitivos con el objetivo de combatir la conducta dañosa que por encima genera lucro para la parte ofensora. Sin embargo, la forma de cantificación no es uniforme, cada una expresando diferentes hipótesis de cálculo. Así, hay previsión que determina el pago de la indemnización compensatoria juntamente con la devolución del lucro, lo que representaría la condena en daños punitivos. Es eso, por ejemplo, que establece el ya referido artículo 42, párrafo único del Código de Defensa de Consumidor de Brasil:

Art. 42. En el cobro de deudas, los consumidores morosos no estarán expuesto al ridículo, y no serán sometido a ningún tipo de constringimiento o amenaza. Párrafo unico. El consumidor cobrado en cantidad excesiva tiene el derecho de recibir en doble de lo que pagó en exceso, además de la actualización monetaria e intereses legales, a no ser en la hipótesis de error justificable.

Si no hubiera daños punitivos apenas cabería el pago de la compensación, sin la devolución de lo que lucró con la conducta, lo que no crearía los incentivos necesarios para la no repetición de la conducta dañosa<sup>208</sup>.

---

<sup>206</sup> Calcular la indemnización en casos de lesiones de masa con la devolución de todo el lucro más la indemnización por la lesión social causada creo que sería una punición demasiado alta.

<sup>207</sup> Como vimos, el lucro puede ser directo o indirecto, como la venta de productos con calidad defecto, pero que no generaron daño. Así, generalmente hay un lucro que puede ser valorado para la fijación de la indemnización.

<sup>208</sup> En otros casos, como en el artículo 940 del Código Civil, se establece una indemnización punitiva más alta, con base en el daño potencial.<sup>142</sup> Así, aunque no haya ocurrido el pago indebido, pero hubo solamente una

En otros casos, como en el artículo 940 del Código Civil, se establece una indemnización punitiva más alta, con base en el daño potencial.<sup>209</sup> Así, aunque no haya ocurrido el pago indebido, pero hubo solamente una cobranza, determinase la devolución en doble de lo que ha exigido. Si la cobranza es apenas en una parte excedente, deberá pagar una cuantía igual a la que ha exigido en exceso, ambas hipótesis de daños punitivos previstas en el ordenamiento jurídico brasileño, y que creo tiene un efecto disuasório, así como de evitar el enriquecimiento injustificado<sup>210</sup>.

De hecho, si no hubiera la posibilidad de aplicación de daños punitivos, la decisión judicial apenas establecería que la deuda no existía, sin el pago de cualquier valor por el daño potencial causado.

En España, como veremos, hay hipótesis previstas de daños punitivos para combatir la lesión generada, que igualmente buscan en el lucro obtenido una respuesta a los daños causados. Así, la condena para combatir el daño generado igualmente se basa en el enriquecimiento injusto del ofensor.

De ese modo es el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1982, del 5 de mayo,

Artículo 9  
(...)

---

cobranza, determinase la devolución en doble de lo que ha exigido. Si la cobranza es apenas en una parte excedente, deberá pagar una cuantía igual a la que ha exigido en exceso, ambas hipótesis de daños punitivos previstas en el ordenamiento jurídico brasileño, y que creo tiene un efecto disuasorio. De hecho, si no hubiera la posibilidad de aplicación de daños punitivos, la decisión judicial apenas establecería que la deuda no existía, sin el pago de cualquier valor por el daño potencial causado.

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. CONTRATO BANCÁRIO. FINANCIAMENTO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO - CONSTRUCARD. COBRANÇA DE DÍVIDA PAGA. RESTITUIÇÃO EM DOBRO (CC, ART. 940). CABÍVEL. ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. 1. O art. 940 do Código Civil prevê a restituição em dobro do que foi cobrado indevidamente do devedor. O parágrafo único do art. 42 do CDC contém previsão semelhante, ressaltando a hipótese de engano justificável. 2. No caso dos autos, ficou provado que a presente monitoria foi ajuizada para cobrança de dívida que já se encontrava quitada. 3. Nessas circunstâncias, não há que se falar em engano justificável e sim em cobrança indevida. A cobrança indevida é admitida pela própria credora ao afirmar que a efetuação do pagamento, por falha, deixou de ser informado à área jurídica responsável pela cobrança judicial de pendências contratuais. Legítima, portanto, a restituição em dobro pretendida pelos réus da monitoria. Precedentes do STJ. 4. Cabível a condenação da parte vencida na demanda ao pagamento de custas e honorários advocatícios, nos termos do art. 20, § 3º, do CPC. 5. Apelação a que se dá provimento para condenar a autora da monitoria (CAIXA) ao pagamento em dobro do que fora cobrado indevidamente dos réus, bem como ao pagamento de custas e honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação. AC 00022253620124013806 0002225-36.2012.4.01.3806 AC - APELAÇÃO CIVEL - 00022253620124013806, e-DJF1 DATA:25/08/2015 PAGINA:376, DESEMBARGADOR FEDERAL NÉVITON GUEDES, TRF1, QUINTA TURMA.

<sup>209</sup>

<sup>210</sup> Pues entiendo que los daños punitivos pueden ser cobrados con base en la potencialidad lesiva, de modo a desestimular la conducta ilícita, primordialmente cuando esta conducta pueda generar un daño patrimonial, hipótesis sob análise. Otros, todavía, ven en la previsión legal la indemnización por el daño causado en razón de la cobranza indebida.

2. La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y, en particular, las necesarias para:

a) El restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición del estado anterior. En caso de intromisión en el derecho al honor, el restablecimiento del derecho violado incluirá, sin perjuicio del derecho de réplica por el procedimiento legalmente previsto, la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del condenado con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida.

b) *Prevenir intromisiones inminentes o ulteriores.*

c) La indemnización de los daños y perjuicios causados.

d) La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos. (g.n.)

Del mismo modo, la Ley 11/1986 de 20 de marzo, artículo 66:

1. La indemnización de daños y perjuicios debida al titular de la patente comprenderá no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el titular a causa de la violación de su derecho. La cuantía indemnizatoria podrá incluir, en su caso, los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial.

2. Para fijar la indemnización por daños y perjuicios se tendrán en cuenta, a elección del perjudicado:

a) Las consecuencias económicas negativas, entre ellas los beneficios que el titular habría obtenido previsiblemente de la explotación de la invención patentada si no hubiera existido la competencia del infractor y los beneficios que este último haya obtenido de la explotación del invento patentado. (g.n.)

En el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico.

b) La cantidad que como precio el infractor hubiera debido pagar al titular de la patente por la concesión de una licencia que le hubiera permitido llevar a cabo su explotación conforme a derecho.

Para su fijación se tendrá en cuenta especialmente, entre otros factores, la importancia económica del invento patentado, la duración de la patente en el momento en que comenzó la violación y el número y clase de licencias concedidas en ese momento.

Igualmente, la Ley de Propiedad Intelectual, artículo 140, in verbis:

#### Artículo 140. Indemnización

1. La indemnización por daños y perjuicios debida al titular del derecho infringido comprenderá no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener a causa de la violación de su derecho. La cuantía indemnizatoria podrá incluir, en su caso, los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial.



2. La indemnización por daños y perjuicios se fijará, a elección del perjudicado, conforme a alguno de los criterios siguientes:

a) Las consecuencias económicas negativas, entre ellas la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita. (g.n.)

En el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra.

b) La cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión.

No es diversa la legislación francesa. La ley que protege la propiedad intelectual en Francia, “loi no. 2007-1544 du 29 octobre 2007”, establece la posibilidad de fijación de daño no solamente para compensar el perjuicio, pero más allá, valorandose el provecho económico obtenido con la lesión, de modo a desincentivar la conducta ilícita, lo que configuraría para algunos la aplicación de la teoría de los daños punitivos.

Así esclarece BANHAMOU que una de las interpretaciones que se hace de la ley es que esta autoriza la fijación de indemnización por encima de los daños compensatorios, igualmente con base en los lucros obtenidos, como una manera de desincentivar la repetición de la conducta ilícita<sup>211</sup>. Explica:

“A different interpretation is that taking into account of the infringer’s profits would allow the courts to award compensation greater than the prejudice suffered(...) By designating the infringer as a point of reference in the evaluation of the damage, the loi contrefaçon would clearly indicate its intention to discourage the infringer from pursuing infringing activities and consequently order him to compensate more than just the damage suffered by the injured party. The preparatory work confirms this new direction, emphasising the intention to improve the assessment of damages by taking into account the infringer’s profit<sup>212</sup> (...). This interpretation would also be in conformity with the Directive as damages must be appropriate (not limited) to the prejudice. This would also be (...) a more efficient and more dissuasive measure as it deprives the infringer of benefiting from his actions(..)

Predominant academic opinion is that taking profits into account is a new principle in relation to the general rules of civil liability, and is the codification of the current case law. While recognising that it goes beyond the domain of civil liability, the provision is seen as an upheaval of the principles of civil liability, or even a realisation of punitive damages<sup>213 214</sup> (g.n.)

---

<sup>211</sup> Una de las interpretaciones sería que la valoración del daño se utilizaría como un guía para la fijación de la indemnización compensatoria.

<sup>212</sup> aunque aquí mencione que se limitaría al sistema de la propiedad intelectual.

<sup>213</sup> Aunque aquí hable de un sistema especial de responsabilidad civil para la protección de la propiedad intelectual.

<sup>214</sup> BENHAMOU, Yaniv, Compensation of damages for infringements of intellectual property rights in France, under the Directive 2004/48/EC and its transposition law-new notions? International Review of Intellectual Property and Competition Law, IIC 2009, 40(2), 125-152.

Estas y otras normas contienen la previsión de daños punitivos, que además de prevenir la repetición de la conducta ilegal, evitan igualmente el enriquecimiento sin causa justa.

Si observa que permiten la compensación de los daños, así como la entrega del lucro obtenido con la conducta ilícita, opción legislativa que claramente refleje la previsión de daños punitivos.

Por lo tanto, observase que uno de los objetivos buscados por el sistema de responsabilidad civil es el de evitar el enriquecimiento injusto, que camina lado a lado con el objetivo de prevención, sea individual, sea general.

Lo que no es pacífico es la manera de cálculo de esa indemnización punitiva. Como se puede observar, sustentamos aquí que debería ser determinado el pago del daño y devolución del lucro, de modo a attingir la prevención necesaria, conforme legislaciones brasileñas y españolas supra expuestas. Pero hay posiciones diversas que sustentan que debe haber solamente la devolución del lucro, lo que, aunque atinja el objetivo de evitar el enriquecimiento sin causa justa, no alcanza la prevención ideal.

Concluyendo, vimos que algunos doctrinarios sustentan que no cabría la petición de daños punitivos si hubiera la posibilidad de una acción por enriquecimiento injustificado. Entiendo que es posible, siempre que haya un daño que además generó un enriquecimiento por encima del valor a ser pago a título de daño compensatório. Esas hipótesis no se confundem con las que cabe pedir solamente la restitución. Y, aunque así no fuera, no dejarían de legitimar el pleito de daños punitivos, como cualquier otro medio puesto por el ordenamiento jurídico, legitimado para internalizar los costes da conducta, atingiendo la prevención necesaria.

Lo mismo se puede observar de la fijación de daños punitivos cuando hay lucro y lesión en un grupo difusos de personas. Cabrían acciones compensatórias individuales. Sin embargo, los daños punitivos en esos casos también se legitiman. Por lo tanto, son un plus de protección que prevee el ordenamiento jurídico, para que se alcancen los principios generales de la responsabilidad civil.

Hechas esas observaciones sobre las funciones y objetivos de la responsabilidad civil en lo que hace referencia a los daños punitivos, demostrando su importancia en crear los incentivos para attingir la disuasión ideal y evitar el enriquecimiento injusto, analizaremos en la secuencia algunas leyes que preveen positivados en los ordenamientos jurídicos la previsión de daños punitivos.

## **2.4. Disposición legal**

### **2.4.1. Brasil**

#### **2.4.1.1. Código de Defensa del Consumidor). Código civil.**

En Brasil hay dos reglas específicas que se ocupan de la cuestión, baremando los daños punitivos al doble del importe pagado o cobrado indebidamente. Así el artículo. 42, párrafo único, del CDC establece daños punitivos, ya que el daño causado por la recogida ilegal genera la compensación y la repetición del pago indebidamente.

De la misma manera, el art. 940 del Código Civil estatuye que en el caso de una demanda buscando el pago de cantidad ya quitada deberá el demandante pagar el doble de la cantidad cobrada, y si el cobro for más grande que el debido, deberá devolver la cantia superior cobrada<sup>215</sup>.

Establecen las normas:

Art. 42. En el cobro de deudas, los consumidores morosos no estarán expuesto al ridículo, y no serán sometido a ningún tipo de constringimiento o amenaza. Párrafo unico. El consumidor cobrado en cantidad excesiva tiene el derecho de recibir en doble de lo que pagó en exceso, además de la actualización monetaria e intereses legales, a no ser en la hipótesis de error justificable

Art.940. El que demandar por la deuda ya pagada, en su totalidad o en parte, sin considerar las cantidades ya recibidas o pedir más de lo debido, será obligado a pagar al deudor, en el primer caso, el doble de lo que no está cargado y, en el segundo, el equivalente a lo que requiere, a menos que haya prescripción..

En esos casos, lo que se admite es que se cobre una cuantía a título de daños punitivos cuando el consumidor hubier pagado en exceso una deuda inexistente, o cuando la parte es demandada en juicio por divída inexistente. En el artículo 42, párrafo único, hay el derecho de recibir en doble lo que pagó en exceso. Así fijanse daños punitivos, pues no solamente recibe lo que pago indebidamente, pero si impone al que cobró indebidamente un pago a titulo de daños punitivos.

El artículo 940 hay el derecho de recibir en doble lo que fue indebidamente cobrado. Por lo tanto, no necesita pagar. Si le cobran, ya tiene derecho al pago en doble, lo que genera daños punitivos más grandes que el Código de Defensa del Consumidor. Pero, en la hipótesis de se cobrar solamente una parte indebidamente, de toda la deuda, una cuantía

---

<sup>215</sup> YAGUEZ, idem, ibidem, p. 29

más grande de la debida, tendrá que pagar una indemnización a la víctima igual a esa cuantía. Aquí, se aplican daños punitivos en razón del daño potencial.

Si no fuera permitida la imposición de daños punitivos, en el primer caso apenas recibiría la devolución del pago indebidamente, y en la segunda hipótesis lo que lograría a parte en juicio sería probar que no había deuda alguna, sin recibir una indemnización por la cobranza ilegal.

Al final, sin la posibilidad de imposición de los daños punitivos, no se crearían los incentivos necesarios para que la parte no repitiera la conducta ilícita.

Se observa que el objetivo es que sea el autor condenado a pagar una indemnización. En efecto, si se limita a la compensación de la cuantía pagada indebidamente, ya que la deuda no existe, solamente estaría volviendo al consumidor la cantidad que recibió por el pago en exceso. En el segundo caso, no habría ninguna devolución, solamente el reconocimiento de la no existencia de la deuda.

Es decir, no generaría ningún estímulo para que no se repitiera la práctica, ya que incluso en el caso de pago, lo que ocurriría sería el retorno de la cantidad cobrada indebidamente, que se revirtió en el aumento de capital para el autor del hecho ilícito, igual a la cantidad debida al título de mera compensación. Por lo tanto, para que la prevención ocurra en estas hipótesis, es importante fijar una indemnización en concepto de daños punitivos, superior a la cantidad ya recogida por el autor del daño, que fue indebidamente pagada.

En efecto, ¿qué incentivo tendría la parte para no hacer cobranzas abusivas, una vez que se condenada, y sólo en estos casos, simplemente tendría que pagar el indebidamente recibido del deudor? El incentivo sería todo lo contrario, para seguir perpetrando una conducta ilegal, ya que sabe que sólo pequeñas porciones de los consumidores acuden a los tribunales, principalmente en el caso de ser pequeña la lesión, lo que genera, después de todo, un gran beneficio a los proveedores de bienes y servicios, ya que en las relaciones de masa el número de lesionados es expresivo.

Uno de los ejemplos que se pueden observar sería la hipótesis de cobranza, por una institución financiera, de tarifas ilegales, o incluso por las compañías telefónicas, las compañías de televisión por cable, empresas que prestan servicios públicos como agua, electricidad, gas, pues cualquier aumento en la factura termina generando un beneficio significativo debido al gran número de consumidores que utilizan sus servicios. De hecho, US\$ 1,00 a más indebidamente cobrado en el universo de un millón de personas, genera US\$ 1.000.000,00 en beneficios. Admitir una mera compensación por el pago en exceso no traería

el estímulo necesario para la adopción de conductas lícitas, e incluso la mejora en la precaución, en caso de daño culposos, con el fin de lograr la prevención óptima.

Y a partir de este razonamiento, vemos que a menudo indemnizar en los límites de la norma tampoco aportaría eficacia. En efecto, con base en el estudio realizado por SHARKEY apenas 3 a 5% de las causas civiles envolviendo daños punitivos van a juicio, siendo que apenas en 5% de los casos en que ganan son concedidos daños punitivos.<sup>216</sup> Para POLINSKY y SHAVELL, solamente son concedidos en 6% de las causas juzgadas en favor del autor de la acción. De ese modo establecer este baremo como un techo, con la manutención y limitación de la indemnización punitiva en este nivel, tampoco va a generar los incentivos necesarios. De hecho, si tenemos en cuenta la baja condenación en daños punitivos, el incentivo para la cobranza ilícita sigue incólume.<sup>217</sup>

En este paso, entiendo que este baremo es un umbral mínimo que debe fijarse. Dependiendo del caso, y en base a la interpretación más coherente del sistema de responsabilidad civil, destinada a lograr los objetivos de la prevención y retribución social, no puede restringirse a la cantidad como definida por la ley<sup>218</sup>.

Es decir: sirve como parámetro para fijación del daño punitivo en hipótesis de lesión individual y que generó el lucro. Pero si además la lesión alcanzó un grupo de personas, hay que internalizar esos costes igualmente, aplicando también la posibilidad de devolución en doble con relación a la lesión social.

A medida que el daño punitivo procura desestimular la conducta ilícita, uno de los objetivos del sistema de responsabilidad civil, creo que a menudo esto se logra con la aplicación de la indemnización que exceda este baremo mínimo fijado por ley, justificada la

---

<sup>216</sup> *El número de casos que van a juicio es muy pequeño, del orden del 3-5 por ciento de los casos civiles presentados en la corte estatal (Galanter, 2004: 509 tbl. 5). De los casos enjuiciados, los daños punitivos son adjudicados en una pequeña minoría, menos del 5 por ciento de los casos en los tribunales estatales) Del Rossi & Viscusi, 2010: 138 n. 36; Eisenberg & Heise, 2011:6; Hersch & Viscusi, 2004:24 tbl. 2).*

*EATON, MUSTARD Y TALARICO esclarecen que “Fewer than 5 percent of civil cases filed result in trials (Eaton, Talarico, and Dunn 2000; Smith et al. 1995), plaintiffs prevail in approximately half of the tort cases that go to trial (DeFrances and Litras 1999; Eaton, Talarico, and Dunn 2000; Moller 1996), 2 and punitive damages are awarded in only 2–5 percent of the tort cases in which the plaintiff prevails (DeFrances and Litras 1999; Luban 1998)”. Eaton, Thomas A; Mustard, David B., Talarico, Susette M. in The effects os Seeking Punitive Damages on the Processing of Torts Claims, The Journal of Legal Studies, Vol. 34, No. 2 (June 2005), pp. 343-369, p.344*

<sup>217</sup> Esse incentivo só não pode ser considerado absoluto, pois por certo haverá sempre um elemento que pesa a favor da cobrança escorreita do débito, que é o da manutenção dos consumidores como clientes da empresa. Não obstante, este estímulo não tem se mostrado suficiente para barrar a cobrança indevida, principalmente no que se refere às empresas telefônicas e instituições financeiras.

<sup>218</sup> Nos Estados Unidos já tivemos exemplos de baremos que não foram observados pelas Cortes. Como veremos adiante, o Clayton Act, que limitava o dano punitivo a três vezes o compensatório foi afastado, quando do julgamento do caso *Browning-Ferris v. Kelco Disposal*, de junho de 1989, onde se ficou danos compensatório no montante de \$51,146 e a título de danos punitivos a quantia de \$6 milhões de dólares.

imposición de daños punitivos que consigan evitar la reiteración de este tipo de conducta, en busca de la eficacia de la jurisdicción, como establece el art. 5, XXXV del CF y art. 24-1 de la CE.

Así que, sin autorización expresa de las normas generales, sino por una interpretación ecuaníme de los objetivos del sistema de responsabilidad civil, el sistema permite aplicar los daños punitivos, además de los casos y cantias previstas legalmente.<sup>219</sup>

De hecho, según el art. 944 del Código Civil brasileño, la compensación se mide por la magnitud de los daños. Cuando hay un daño superior a los límites individuales, en las sociedades de masas, el derecho debe buscar mecanismos para lograr el desiderátum de protección de los derechos en juego, con el fin de lograr una jurisdicción efectiva. En este paso, surgen daños punitivos como una opción válida para la protección de los derechos violados, y cuya mayoría queda sin la protección jurídica. Así, hay que admitir, en hipótesis de cobranza indebida, la fijación de daños punitivos en nivel más alto que el establecido en ley.

Como ya se ha mencionado, los daños punitivos salen a la luz, a fin de prevención y de evitar el enriquecimiento injusto del infractor, autorizando el aplicador del derecho la fijación de indemnización superior a la lesión individual, con el objetivo de internalizar los costes la conducta ilícita.

Así, como dicho, en hipótesis de lesiones de masa, hay que se internalizar los costs del daño social causado, y además valorar el lucro obtenido, pudiendo utilizarse de la regla de modo a realizar ese cálculo valorándose toda la extensión social del daño causado, y no solamente el perjuicio que ha tenido individualmente la persona.

De ese modo, en el caso de una cobranza de tarifa ilegal por una institución financiera, a una cartera de clientes, la norma puede servir de guía para la fijación de la indemnización, sin olvidar su dimension social. Por lo tanto, fijaría una indemnización con base en el lucro obtenido, pero evaluándose toda la cartera de clientes, todo el lucro y daño que ha generado.

---

<sup>219</sup> Afirma RESEDÁ, citando ANDRADE, que a hipótese de indenização em que já vem estabelecido o quantum indenizatório a título de danos extra compensatórios não se trataria de hipótese de punitive damages, mas sim de multiple damages, Double damages ou treble damages, pois aqueles não se limitam a uma quantia fixa ou limitada.<sup>70</sup>

No meu ponto de vista tratar-se-ia de uma espécie de punitive damages, em que a discricionariedade mínima estaria limitada, pois não visa tão-somente compensar o dano, mas prevenir e evitar o enriquecimento sem causa, já tomando-se por base a noção da dificuldade de mensuração dos danos nas relações consumeristas. E afirmo discricionariedade mínima, pois além da repetição do indébito, a depender do caso concreto, entendo viável a fixação de outro valor a título de indenização punitiva, que se somaria à devolução em dobro do indébito. A não se entender assim diversas hipóteses baremadas como já vimos acima, notadamente na legislação norte-americana, em que há limite fixo, também não poderiam ser consideradas punitive damages,

Es decir: debemos podemos pensar en la aplicación de la norma también en lo que respecta al daño social ocurrido. Una vez cuantificado el daño causado a la sociedad, podríase permitir un aumento de la indemnización con el fin de generar los incentivos para la adopción de la prevención necesaria.

Por el mismo razonamiento, observo que no hay ninguna razón para que haya vedación a la adopción generalizada de la teoría de los daños punitivos en otros casos de práctica ilegal y de ocurrencia de daños, especialmente en las relaciones de masa.

Será analizada en la secuencia la previsión legal de daños punitivos en Estados Unidos.

#### **2.4.2.- Estados Unidos.**

De acuerdo con lo explicado por ANDRADE, en Estados Unidos existen leyes que autorizan o prohíben la aplicación de indemnizaciones punitivas' como el Fair Credit Reporting Act (autorizando), y el Federal Tort Claims Act (vedandolo de cara al Gobierno Federal), así como el Foreign Sovereign Immunities Act (vedando a los Estados extranjeros, en ciertas circunstancias). SEBOK argumenta que los daños punitivos son admitidos en la mayoría de los Estados norte-americanos, a excepción de Massachusettss, Nebraska, Washington, New Hampshire e Louisiana<sup>220</sup>, que lo prohíben, como regla general, solamente admintiéndolos cuando la ley lo prevee, con diversas restricciones específicas. Respecto a Connecticut se admite para compensar a el autor de la acción por los gastos legales que dieron lugar al resultado de la búsqueda por la recompensa de su derecho.

Agrega SALVADOR<sup>221</sup> ejemplos específicos de normas americanas que presentan limitación máxima para la fijación de daños punitivos, como el Clayton Act, de 1914, que limita la fijación de indemnización punitiva a tres veces el daño con relación al derecho de concurrencia. El Organized Crime Control Act, de 1970, igualmente limita la

---

<sup>220</sup> La doctrina no es pacífica en cuanto a este punto, relatando LOURENÇO que apenas no admiten los daños punitivos los Estados de Louisiana, Massachusetts, Nebraska e Washington. LOURENÇO, Paula, *idem, ibidem*, p. 1030. SEBOK, Anthony J., in *Punitive Damages in the United States*, em KOZIOL, Helmut e WILCOX, Vanessa (eds), *Punitive Damages: Common Law and Civil Perspectives*, Tort and Insurance Law, vol. 25, SpringerWeinNewYork, p.171, nota de pie de página.

Citando Moraes, Maria Celina Bodin de, in *danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 232, argumenta que únicamente en 4 Estados Norte-americanos son refutados los daños punitivos, admitiendose en Washington. RESEDÁ, *idem, ibidem*, p. 243.

Según explica RODDY, en *Commercial Union Insurance Co.v. Upjohn Co.*, "the court stated Louisiana law allowed only compensatory damages in civil suits, leaving punishment to criminal statues" RODDY, Nadine, in *Punitive Damages in Strict Products Liability Litigation*, William and Mary Law Review, Volume 23, 1981-1982, p.356. *Litigation*, William and Mary Law Review, Volume 23, 1981-1982, p.356.

<sup>221</sup> CORDECH, *idem, ib*

fijación de este tipo de indemnización por daños causados a tres veces el daño sufrido efectivamente en consecuencia de acciones del crimen organizado.

Respecto a la Ley Clayton Act, específicamente, hay jurisprudencia que se aleja de este baremo, como relata LOURENÇO, como en lo ocurrido en el caso *Browning-Ferris v. Kelco Disposal*, de junio de 1989, donde se dieron daños compensatórios por la cantidad de \$51,146 y a título de daños punitivos el valor de \$6 millones de dólares.<sup>222</sup>

Aclara el doctrinario que las legislaciones estatuales establecen como forma de cálculo y de orientación para la fijación de los daños punitivos el baremo en dieciseis Estados, limitando al triple la indemnización compensatória; o a los vencimientos anuales del autor del daño. Otra hipótesis de baremo es lo previsto en la legislación de Kansas, que limita a 5.000.000,00 dólares, valorándose la razonabilidad en la fijación de la indemnización en relación a la indemnización compensatória.

En 13 Estados americanos hay leyes que preveen, no como forma de fijación, sino de retribución, la limitación de percepción de la indemnización punitiva por la víctima, enviando 50% al 75% a una agencia estatal o fondo específico<sup>223 224</sup>. Por último, la doctrina trae a colación otra hipótesis de previsión legal expresa sobre los daños punitivos en el derecho norte americano, que sería la bifurcación de las resoluciones sobre compensación y sanción a solicitud del demandado y en distintas fases del proceso (13 Estados).

En el Estado de Virgínia, conforme POLINSKY y SHAVELL, los daños punitivos son limitados a \$350.000.<sup>225</sup>

Por su vez, explica RODDY que en Texas hay previsión de los daños punitivos en su Constitución, estableciendo que “every person, corporation, or company, that may commit a homicide, through willful act, or omission, or gross neglect, shall be responsible, in exemplary damages, to the surviving husband, widow, heirs of his or her body, or such of them as there may be”<sup>226</sup>. En 1987 una ley estableció el límite de los daños punitivos en ese Estado a 4 veces los daños compensatórios o \$200,000, lo valor más alto. Sin embargo, nueva

---

<sup>222</sup> LOURENÇO, Paula Meira, *idem, ibidem*, p. 1052.

<sup>223</sup> Veremos algunas normas detalladas sobre la cuestión en los próximos capítulos.

<sup>224</sup> CORDECH, *idem, ibidem*, p. 144. Según SHARKEY los Estados que contienen previsión de destinación de parte de la indemnización a si son Alaska, Georgia, Illinois, Indiana, Iowa, Missouri, Oregon, y Utah, y que Colorado, Flórida, Kansas y New York tuvieron por un período previsión similar. SHARKEY, Catherine M., in *Punitive Damages as Societal Damage*, The Yale Law Journal, Volume 113, 2003-2004, Number 2, November 2003, p. 373.

<sup>225</sup> POLINSKY, Mitchell A., SHAVELL, Steven, in *Danos Punitivos: An Economic Analysis*, *idem, ibidem*, p.900.

<sup>226</sup> Another round of tort reform in 1995 capped punitive damages at the greater of \$200,000 or two times economic damages plus non-economic damages not to exceed \$75 0,000” KOENIG, Thomas, in *The shadow effect of punitive damages on settlements*, 1998 Wis. L. Rev. 169 1998, p.184.



alteración de la ley en 1995 limitó a \$200,000 o dos veces los daños materiales más los imateriales, sin superar a \$75 0,000 <sup>227</sup>

### 2.4.3. España

Con relación al derecho español, la doctrina no es unánime en admitir la figura de los daños punitivos. Incluso en términos de las hipótesis de su fijación por el acto despreciable, repugnante, perpetrado por el agente, analizando el dolo de la conducta y desvalor de acción. Los doctrinarios que difunden la posibilidad de jerarquizar el valor indemnizatorio ante el dolo o el grado de culpabilidad, pero nunca para reemplazar el daño efectivamente sufrido, y si para indemnizar a menor, extrayéndose de esa interrelación, del art. 1107 del Código Civil<sup>228</sup>.

Hay otros que defienden la existência de los daños punitivos en el ordenamiento jurídico español. Como ya mencionamos, y aquí repetimos, REGLERO, analizando la función preventiva de la responsabilidad civil, argumenta que “también hay casos en los que están justificados los daños punitivos(...) por decirlo de forma más general, cuando la causación del daño proporciona al dañante un beneficio mayor que la indemnización que debe satisfacer al perjudicado”<sup>229</sup>. Es decir, por medio de las funciones de responsabilidad civil, específicamente prevención, y aquí agrego de esta manera como función la vedación del enriquecimiento sin causa, comprende existentes los daños punitivos en ordenamiento jurídico español.

Afirma YAGUEZ, citando a PANTALEÓN, que existe una “cierta relación entre los daños punitivos y las fórmulas legales por cuya virtud, por ejemplo, el causante del daño debe ser indemnizado no solo en función del perjuicio causado a la víctima, sino también por el provecho que el agente usufructuó.”<sup>230</sup>,

Doctrina igualmente YAGUÉZ que la normativa de la responsabilidad por la extensión del daño causado continúa en vigor, por el poder del art. 1902 del Código Civil. Pero eso no vacía totalmente la posibilidad de indemnización punitiva. Lo que hay que hacer

---

<sup>227</sup> Texas Constitution, art. 16,§ 26, apud RODDY, Nadine, in *Punitive Damages in Strict Products Liability Litigation*, William and Mary Law Review, Volume 23, 1981-1982, p.351

<sup>228</sup> YÁguez, idem, ibidem, p. 100.

<sup>229</sup> REGLERLO CAMPOS, Luis Fernando, in AAVV, *Tratado de responsabilidad civil (coordinador L. Fernando Reglero Campos)* cuarta edición, 2008, tomo 1, pgs. 73-92, apud YÁGUEZ, idem, ibidem, p. 106

<sup>230</sup> PANTALEÓN, Fernando, *Artículo 1902*, en *Comentários del Código Civil*, Madrid, Ministério da Justiça, 1991, II, pgs. 1973, apud YAGUEZ, idem, ibidem, p. 60 (verificar remissão. fala de pantaleon e deposti dele. não sei a que obra se refere esta citação. verificar na fonte).

son las mismas indagaciones anteriormente constituidas con relación al derecho brasileño, una vez que podamos aislar el análisis únicamente para la relación individual, o abarcar la función social de la responsabilidad civil, Es decir: habiendo la conducta generado un daño de gran extensión, alcanzando un grupo de personas, debe internalizar los costes, pagando por todo el perjuicio causado, debiendo alcanzar el objetivo de prevención deseado de forma plena, y no restringirse en una utopía, especialmente después del surgimiento de las relaciones colectivas.

Esto, por cierto, reafirma que el sistema de responsabilidad civil establece los objetivos que se deben conseguir, como el de la prevención y evitar el enriquecimiento sin causa, siendo por medio de los daños punitivos que, en muchas hipótesis, se alcanza ese propósito.

En el derecho español, la Ley Orgánica 1/1982, del 5 de mayo, sobre protección civil al derecho a la honra, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen establece en su artículo 9.3 una previsión autorizando la condena de daños punitivos, superiores a los compensatorios. La norma fue revocada parcialmente, seguido, con todo, la previsión de daños punitivos para evitar el enriquecimiento sin justa causa y atingir la prevención, en el mismo artículo, punto 2, textualmente:

#### Artículo 9

(...)

2. La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y, en particular, las necesarias para:

a) El restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición del estado anterior. En caso de intromisión en el derecho al honor, el restablecimiento del derecho violado incluirá, sin perjuicio del derecho de réplica por el procedimiento legalmente previsto, la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del condenado con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida.

b) *Prevenir intromisiones inminentes o ulteriores.*

c) La indemnización de los daños y perjuicios causados.

d) La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos.

Observese que no es pacífica doctrinariamente la naturaleza de este tipo de indemnización prevista en la norma española. Aclara YAGUEZ que Martín Casals al hacer la interpretación de la norma anterior que ya hace referencia a la entrega del beneficio obtenido

por el lesionado, para el autor del daño, entendía de manera diferente, en donde habría una confluencia entre el derecho de daños y la figura de enriquecimiento sin causa en momentos puntuales, aunque tengan diferentes campos de acción. En ese sentido, como vimos, igualmente TOSLADA.

Nuestra comprensión es en sentido opuesto, como ya ha sido aclarado de sobremanera. Una vez que hubo daño y se busca el pago de indemnización y la devolución del lucro estamos delante del sistema de responsabilidad civil. Si el daño compensatorio no es renunciado, la tutela del derecho ocurre por medio de la institución de los daños punitivos.

Ciertamente, entendemos que uno de los objetivos del derecho de daños, y más específicamente de los daños punitivos, es vedar el enriquecimiento sin causa justa del causante del daño<sup>231</sup>.

Esa es, como explicamos, inclusive, una figura que no tiene como ser disociada de los daños compensatorios, siempre que la conducta genere un lucro al causante del daño, puesto que al compensar a el lesionado por el daño sufrido, además de ejercer esta función también ejerce la de evitar el enriquecimiento sin causa justa, y de igual forma de lo punitivo y preventivo, como ya vimos.

La norma anteriormente analizada trae una regulación que evidencia la posibilidad de aplicación de la doctrina de los daños punitivos en el ordenamiento jurídico español, que al fin y al cabo evita que incurra en enriquecimiento sin justa causa de cara al ofensor, y atinge el efecto disuasorio, pues determina tanto la compensación como la devolución del lucro.

Así, hay que notar que la disposición legislativa determina no solamente el pago del lucro obtenido, pero igual la indemnización por daños y perjuicios. En gran medida la norma alcanza la función disuasoria, pues no solamente tendrá que devolver el lucro (lo que podría no generar lo incentivo necesario, una vez que apenas pagaría lo que hubiera ganado), pero igualmente tendrá que indemnizar los perjuicios causados. (art. 9.2, alineas c e d).

Es en ese sentido que apunta BERCOVITZ, que, aunque establece una crítica al artículo, la encamina con el propósito de comprender que se trata de una especie de positivación de los daños punitivos en el ordenamiento jurídico español.<sup>232</sup>

Otra norma que contempla los daños punitivos en España, evitando así el enriquecimiento sin causa del autor y buscando la prevención necesaria es la Ley de patentes,

---

<sup>231</sup> Miquel Martín Casals, *Indemnización de daños y otras medidas judiciales por intromisión ilegítima contra el derecho al honor*, en *El mercado de las ideas-coordinador Pablo Salvador CODERCH- Madrid, Centro de Estudios Constitucionales*, 1990, p. 399, apud YAGUEZ, idem *ibidem*, p. 61.

<sup>232</sup> BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo, in *La dignidad de las víctimas de delitos*, en *Arandiz Civil*, núm. 6, 2010, pgs. 11-14, apud YÁGUEZ, idem, *ibidem*, p. 61.

con las modificaciones efectuadas por la Ley 19/2006, del 05 de junio que altero el art. 66 de la Ley 11/1986 de 20 de marzo, dejando establecidos los requisitos para el cálculo de la indemnización, admitiéndose la fijación de valor por encima del importe compensatorio, es decir, autorizándose los daños punitivos para evitar el enriquecimiento sin causa.<sup>233</sup>

Textualmente:

1. La indemnización de daños y perjuicios debida al titular de la patente comprenderá no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el titular a causa de la violación de su derecho. La cuantía indemnizatoria podrá incluir, en su caso, los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial.
2. Para fijar la indemnización por daños y perjuicios se tendrán en cuenta, a elección del perjudicado:
  - a) Las consecuencias económicas negativas, entre ellas los beneficios que el titular habría obtenido previsiblemente de la explotación de la invención patentada si no hubiera existido la competencia del infractor y los beneficios que este último haya obtenido de la explotación del invento patentado.  
En el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico.
  - b) La cantidad que como precio el infractor hubiera debido pagar al titular de la patente por la concesión de una licencia que le hubiera permitido llevar a cabo su explotación conforme a derecho.  
Para su fijación se tendrá en cuenta especialmente, entre otros factores, la importancia económica del invento patentado, la duración de la patente en el momento en que comenzó la violación y el número y clase de licencias concedidas en ese momento.

En eso radica, claramente la previsión de condenación de la parte por mayor valor del daño efectivamente causado, evitando así el enriquecimiento sin causa, e con eso la reiteración de la conducta nociva donde se extrae su carácter de prevención, castigando aún de manera justa el autor del ilícito, con la retribución por la conducta perpetrada.

---

<sup>233</sup> Aquí, repito, no es pacífico este entendimiento por la doctrina, afirmando DIEZ-PICAZO, idem, ibidem, apud YAGUEZ, idem, ibidem, pp 72-73, juntamente con HERNÁNDEZ GIL, Antônio, que el sistema de responsabilidad y el enriquecimiento sin causa son instituciones heterogéneas, que no se confunden, Afirma este último, en Derecho de obligaciones. Madrid, Editorial CEURA, 1983, p. 263, apud YAGUEZ, idem, ibidem, p. 73 (nota de rodapé). Textualmente: “El enriquecimiento injusto se diferencia de la responsabilidad subjetiva en que ésta exige la comisión de un acto ilícito como antecedente enexcusable del deber de indemnizar; y el enriquecimiento injusto se diferencia de la responsabilidad subjetiva y de la objetiva en que una y otra dan lugar a la imputabilidad y a la consiguiente indemnización ateniéndose tan sólo al daño experimentado por la víctima, al margen por completo de que haya proporcionado o no ventajas al responsable”.

Entiendo que este raciocinio parte de una premisa equivocada, puesto que el enriquecimiento sin causa justa necesariamente parte de una lesión o derecho de la víctima, so pena de perder el carácter de injusticia que lo premia, e puede o no causar un daño directo. Es decir, en la hipótesis de las patentes, aunque esta no haya sido usada, generó un daño indemnizable por el enriquecimiento sin causa justa del violador de la patente, e de el acto que lesiona el derecho objetivo y subjetivo de la parte, que se preservase. En efecto, aunque la patente permaneciera sin utilización por el tiempo previsto por la ley para quedar en dominio público, lo que habría sido violado, dentro del plazo que prescribe, derecho a la indemnización por fuerza del enriquecimiento sin causa justa, una de las funciones de la responsabilidad civil. El derecho de no utilizarla en ese período, por sí, ya generaría un daño indemnizable, cuantificado en el valor recibido injustamente por el violador del derecho del ofendido. Es para mí, la positividad de la posibilidad de fijación de daños punitivos.

Interpretando esta norma algunos doctrinarios quieren retirar de la misma una hipótesis de previsión no de daños punitivos, y si compensatorios, y que la segunda parte del apartado del artículo apenas estaría disciplinando una manera de calcularlos. Afirman que, si el ejecutor del ilícito obtuvo esas ganancias, nada impediría que el titular del derecho las obtuviese, y este sería un medio para el cálculo de los lucros cessantes.

Expone OLMO que doctrinarios españoles:

“dicen que esa opción que permite recurrir a los lucros obtenidos por el infractor de los derechos en cuestión con el fin de ayudar al demandante para probar la pérdida del lucro. La idea es, si el infractor generó algún lucro infringiendo el derecho de la propiedad intelectual, que el titular del derecho pudo haberlo realizado.”<sup>234</sup>

Entiendo que esta no sería la mejor interpretación, puesto que es el principio general del derecho que la ley no contiene palabras inservibles. La previsión relativa a los lucros cesantes viene disciplinada en la primera parte del apartado del art. 66.2. Todo lo que exceda las pérdidas y daños efectivamente sufridos no puede ser clasificado como compensación por la violación del derecho.

Es posible que el lucro cesante de quien le violaron su derecho concuerde con los lucros obtenidos por el infractor de la patente, pero las demás condiciones de inversión se deberían igualar. En otras palabras, hay derecho a la percepción de los lucros cesantes y los beneficios obtenidos, que pueden ser iguales en valores. Para tanto, hay que probar que conseguiría con la exploración de la invención los mismos lucros que el infractor de la patente, puesto que existen diversos factores que suman al éxito de una empresa. De todos los modos, no se compensan, si que se soman.

De hecho, lo que la norma autoriza es el pago de la indemnización compensatoria con base en el perjuicio, y de daños punitivos con base en el lucro, de modo que son variables que se complementan.

En este paso, interpreto, con el mejor criterio, que la previsión de la segunda parte del apartado del art. 66.2 establece la posibilidad de fijación de daños punitivos, y no compensatorios, vedando así el enriquecimiento sin causa justa, y autorizando que la parte reciba la indemnización no solo por lo que esta dejó de lucrar, sino también por el lucro obtenido por el violador de la patente. Por lo tanto, preve el pago de indemnización punitiva,

---

<sup>234</sup>Clemente Meoro(fn 36) 812, apud OLMO, Pedro del, in *Punitive Damages in Spain*, em KOZIOL, Helmut e WILCOX , Vanessa (eds), *Punitive Damages: Common Law and Civil Perspectives*, Tort and Insurance Law, vol. 25, SpringerWeinNewYork,p. 147

de modo a atingir la disuasión necesaria, que tal vez no ocurriera si solamente hubiera la previsión del pago de la compensación (pues los lucros podrían superarala), o incluso solamente de la devolución de los lucros(pues no tendría el incentivo de no repetir la conducta, una vez que apenas entregaría al ofendido aquilo que hubiera lucrado con la conducta ilícita).

Como se explicó anteriormente, entiendo que la responsabilidad civil tien la función de prevención, retribución, de compensación y de evitar el enriquecimiento sin causa por parte del ofensor, y que aún en la medida compensatória también ejerza estas funciones, no tiene la eficacia que se encuentra mediante la aplicación de la teoría de los daños punitivos, de la indemnización punitiva.

Si bien trayendo al analice en parte la discusión sobre la culpa del causante del daño, hipótesis que no nos propusimos a investigar, es válido anotar la existencia de tipificación de daños punitivos en la Ley de Seguridad Social, artículo 123, que establece:

Artículo 123. Recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

1. Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador.

Aquí se observa la positivación de los daños punitivos, por medio de una especie específica que tabula la cantidad, así como ocurre con la fijación de daños punitivos en la hipótesis de cobranza indebida en el derecho de consumo brasileño.

Igualmente, aquí OLMO explica que la doctrina española no tiene como pacífica esta cuestión, entendiendo algunos doctrinarios por la posibilidad de clasificarla como una indemnización compensatoria; otros una figura ambigua, siendo que algunos lo clasifican, en nuestro entender correctamente, como especie de indemnización punitiva.<sup>235</sup>

---

<sup>235</sup> “Por lo tanto, algunos de ellos creen que el pago de beneficios es una sanción punitiva, algunos creen que esto es un cálculo compensatorio(...) y algunos creen que es ambiguo” OLMO, Pedro del, *in Punitive Damages in Spain*, em KOZIOL, Helmut e WILCOX, Vanessa (eds), *Punitive Damages: Common Law and Civil Perspectives*, Tort and Insurance Law, vol. 25, SpringerWeinNewYork,

Vemos que aquí estamos frente a un aumento de la indemnización por el grado de dolo o de culpa envolviendo el daño causado, por parte del empleador, y este dolo y/o culpa están directamente involucrados con la violación de las normativas laborales, ante la falta de adopción del nivel de cuidado ideal.

En primera instancia observamos que se está enfrentando el grau de culpa/dolo para fines de mejorar la indemnización más allá del valor del daño compensatorio, analizándose conceptos que optamos, como se indica, para no confrontar en este trabajo. No obstante, sirve como prueba de existencia de daños punitivos positivados en el ordenamiento jurídico español.

Y así como cuando enfrentamos la norma positivada sobre el asunto en el CDC, entendemos que se trata de un parámetro mínimo a ser observado. Una vez que el incremento de 50% no sea apto para generar la disuación necesaria, con la reincidencia de la conducta, o se haga presente el enriquecimiento sin justa causa, cuando, por ejemplo, la conducta omisiva generó un lucro, o podría generar un lucro excesivo, entiendo como posible la fijación de daños punitivos sin atender a los límites y parámetros de esta norma, desde que necesario para generar la precaución debida, con la internalización de costos.

Otra norma que establece previsión de indenización punitiva en el ordenamiento jurídico español, es como ya se ha mencionado, la Ley de propiedad intelectual, en su artículo 140, que establece:

#### Artículo 140. Indemnización

1. La indemnización por daños y perjuicios debida al titular del derecho infringido comprenderá no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener a causa de la violación de su derecho. La cuantía indemnizatoria podrá incluir, en su caso, los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial.

2. La indemnización por daños y perjuicios se fijará, a elección del perjudicado, conforme a alguno de los criterios siguientes:

a) Las consecuencias económicas negativas, entre ellas la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita.

En el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra.

b) La cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión.

Se observa aquí la posibilidad de fijación de daños por valores superiores a lo que efectivamente perdió la víctima, de manera para evitar el enriquecimiento sin causa justa, medida positivada en el sistema jurídico español.<sup>236</sup>

Y aquí, cómo en las hipótesis anteriores, se observa que los daños a que puede ser obligado a pagar el ofensor incluye no sólo lo que el dañado dejó de lucrar con la explotación de su invento o la remuneración que recibiría con eventual autorización, (lo que configurarían los daños compensatorios) con los lucros que obtuvo el que violó la patente, atingiendo así de modo eficiente la prevención buscada. Por lo tanto, fijando daños punitivos por encima de los meramente compensatorios.

De hecho, como dito, si simplemente fuera determinada la compensación, muchas veces no habría incentivo para no repetir la conducta, pues los lucros podrían superarla., así como si la condena se restringiera a la devolución de los lucros, pues apenas tendría que devolver lo que lucrara con la conducta ilícita, no generando el incentivo correcto.

Afirma YÁGUEZ que, aún en España la jurisprudencia sea refractaria en este tipo de daño, la propia Suprema Corte Española admitió que el ordenamiento jurídico no impide la fijación de daños punitivos.<sup>237</sup>

Pasemos ahora a analizar más específicamente la institución de los daños punitivos, enfrentando el tema de los requisitos necesarios para que se puede fijar una condena a ese título, más precisamente sobre la necesidad de la presencia de una conducta dolosa o culposa. Demonstraremos las razones pelas cuales entendemos posible de fijación de manera objetiva en los sistemas brasileños y español, y abogamos la tese de la posibilidad de fijación en ciertas hipótesis en el sistema americano, aunque la jurisprudencia de ese país sea refractaria a esa conclusión, por exigir la práctica de una conducta rebroable.

---

<sup>236</sup> Algunos doctrinarios intentan ver en esta figura la aplicación de lucros cesantes, siendo que la última parte del apartado del artículo 140.2 establece claramente daños punitivos por la realización de conducta ilícita, a fin de evitar el enriquecimiento sin causa justa, previniendo así la reiteración de las conductas lesivas.

<sup>237</sup> Hace referencia al Auto del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2001. YÁGUEZ, Ricardo de Ábel, in Daños Punitivos, Civitas, Thomson Reuters, 2012, p. 22. En el mismo sentido: ROUHETTE, +ROUHETTE, Thomas, in The availability of punitive damages in Europe: growing trend or nonexistant concept?, Defense Counsel Journal, October 2007, Volume 74, n. 4, p.332



## 2.5. Requisitos necesarios a la fijación de los daños punitivos

Del preámbulo, observese que para la fijación de los daños punitivos hace necesaria la presencia de los requisitos inherentes a cualquier sistema de responsabilidad civil, como la acción o omisión, daño y nexo causal. Con respecto al dolo y la culpa, haremos una breve digresión sobre la cuestión, dada su presencia en algunas hipótesis no se hace necesaria para la fijación de indemnización punitiva.

Como anoté en líneas arriba, comprendo como Shavell y Polinsky que el daño punitivo tiene carácter concretamente de prevención, e ir más allá para afirmar que debe ser valorado para fines de evitar el enriquecimiento sin causa, como apunta la doctrina inglesa, y solamente excepcionalmente tiene carácter sancionatorio simplemente, como inclusive sustentan estos doctrinarios, en la hipótesis de dolo en la conducta, o placer de cometer la acción delictiva lesiva (SALVADOR).

Así, la doctrina del análisis económico del derecho busca en la fijación de los daños punitivos la internalización de los costes, hacer con que pague por todo el daño producido, de manera que el cuidado ideal sea adoptado.

Para tanto, explica que el cálculo de la indemnización debe valorar la posibilidad inversa de la persona ser responsabilizada. Por lo tanto, busca el pago por todo el daño causado. No se habla necesariamente de conducta dolosa o culposa, pero si en la necesidad de pagar por el daño causado, en su extensión social.

Según CALANDRILLO, el objetivo principal es alcanzar la disuasión necesaria, para eso internalizando los costos de su conducta que generaron el daño<sup>238</sup>. En ese paso, siempre que la conducta haya generado daños a más de una persona, y teniendo la posibilidad del ofensor de escapar de la responsabilidad por estos daños, cabría la imposición de daños punitivos, de forma que la conducta no fuera ventajosa económicamente. Es decir: que pasase a ser mas ventajoso adoptar el nivel de cuidado ideal.

Del mismo modo, agrego su cabimiento siempre y cuando haya la conducta generado lucro igual o más alto que el daño a ser indemnizado, pues se hace necesario que sean creados los incentivos necesarios para que no repita la conducta ilícita, determinando el pago del daño y la devolución del lucro. Si así no fuera seguiría siendo ventajoso la repetición del acto dañoso.

---

<sup>238</sup> CAPANDRILLO, Steve P., *idem, ibidem*.

De ese modo, hay de admitirse su fijación sin que sea necesaria a prueba del dolo o de la culpa, siempre y cuando para la indemnización compensatória esa no se haga necesaria. Por lo tanto, cuando sea hipótesis de responsabilidad objetiva.

Así, con relación al derecho del consumidor, entiendo que la responsabilización objetiva admite la aplicación de la teoría de los daños punitivos, pues se debe internalizar todos los costes de modo a atingir la disuasión ideal. La responsabilidad objetiva hace con que se pague por todo el daño causado. Los daños punitivos van mas allá, admitiendo que no solamente se pague en su dimensión individual, pero igual colectiva, haciendo que sea más ventaja adoptar un nivel más grande de cuidado.

Si se pone como premisa que la culpa se opera cuando el nivel de cuidado a ser adoptado es menor que el costo veces a la probabilidad, se abre campo, en el derecho del consumidor, para la responsabilización objetiva, inclusive cuando de la fijación de los daños punitivos, correspondiendo a su institución pese a que no configurada la culpa, desde que generando el daño coletivo com posibilidad de escapar la responsabilidad, ou generando lucro además del daño.

En otras palabras, habría responsabilización aunque la cautela adoptada (C) fuera mayor que el daño (D) X la probabilidad (P).

En casos de lesiones a ciertos bienes jurídicos, como la vida, salud, integridad física, otra manera de interpretar la cuestión por medio de la teoría de la análisis económica del derecho es entender que por se traten de bienes de valor casi inestimable, la cautela será siempre menor que el coste del daño por la probabilidad, por lo que habría más responsabilización, incluso en razón de la negligencia, por no tener adoptado el nivel de cuidado ideal.

De ese modo, ni se cuestionaría sobre el problema de daños punitivos en hipótesis de responsabilidad objetiva. El daño sería generado por una cautela menor que la debida, pelo que cabería la fijación de daños punitivos tanto por lesiones difusas, para internalizar los costes de la conducta, como en lesiones individuales, pues al adoptar el nivel de cuidado menor que el ideal, tuvo un lucro, que debe ser combatido por medio de la teoría de los daños punitivos, para que internalize los costes y pase a adoptar un nivel más grande de cuidado.

En efecto, habiendo un aumento de exigencia del nivel de cuidado lo que ocurre es que en situaciones que para algunos antes quedaban al margen de la institución de los daños punitivos, pues necesaria la culpa para la indemnización punitiva, ahora están acogidas por él, generando por consiguiente una probabilidad de fijación de indemnizaciones más expresivas. La tendencia, por lo tanto, es la mejoría del nivel de cautela en el abastecimiento

de productos y servicios, con la disminución de las lesiones y consecuente número de acciones juzgadas.

Analizando el sistema jurídico brasileño, BENACCHIO<sup>239</sup> considera que la aplicación de los daños punitivos con base en el art. 940 del Código Civil solamente se hace aplicable en la hipótesis de dolo o culpa. No obstante, tratándose de una actividad que implica riesgo para los derechos de otros, o tratándose de una relación de consumo, que es lo que estamos analizando en este trabajo, la regla es la responsabilidad sin análisis de la culpa, sea por fuerza de las normas de los artículos 12 y 14 del CDC, sea en cuanto a lo propuesto en los arts. 927, párrafo único, y 931 del Código Civil, previsiones legislativas en el Derecho brasileño. Textualmente:

Art. 12. El fabricante, el productor, el constructor, nacional o extranjero, y el importador responden independientemente de la existencia de culpa, por la reparación de los daños causados a los consumidores por defectos recurrentes de proyecto, fabricación, construcción, montaje, fórmulas, manipulación, presentación o acondicionamiento de sus productos, bien como por informaciones insuficientes o inadecuadas sobre su utilización y riesgos.

Art. 14. El proveedor de servicios responde, independientemente de la existencia de culpa, por la reparación de los daños causados a los consumidores por defectos relativos a la prestación de los servicios, bien como por informaciones insuficientes o inadecuadas sobre su usufructo y riesgo.

Art. 927. Aquel que, por acto ilícito (arts. 186 y 187), cause daño a otro, está obligado a repararlo.

Parágrafo único. Habrá obligación de reparar el daño, independientemente de la culpa, en los casos especificados en la ley, o cuando la actividad normalmente desarrollada por el autor del daño implica, por su naturaleza, riesgo para los derechos de otro.

Art. 931. Salvo otros casos previstos en la ley especial, los empresarios individuales y las empresas responden independientemente de la culpa por los daños causados por los productos puestos en circulación.

Lo que se percibe en el derecho civil es una migración de la teoría de la responsabilidad subjetiva para la objetiva, ante la evolución de la sociedad y la hiposuficiencia de los lesionados frente a los ofensores. Igualmente, por la necesidad de infundirse en los agentes económicos y sociales la necesidad de la preservación de los derechos de terceros e internalización de los costos de su actividad, debiendo adoptar los niveles de cuidado necesarios para evitar la violación de los derechos de los demás. Es decir,

---

<sup>239</sup> Con la reducción de los costes de transacción y una responsabilidad más efectiva, lo que aumenta la probabilidad de la condena, consecuentemente hay un aumento del daño esperado y consecuentemente la cautela debe ser más grande. De hecho, si la cautela ideal es tomada con base en la fórmula de HAND, valorándose el daño x la probabilidad, con una probabilidad más grande de indemnización esa aumentará, beneficiando la sociedad.

invertir en cuidado, y seguridad, de modo que distancie la posible lesión al derecho de terceros.

La importancia de la mudanza del paradigma, es que, aunque se traten de acciones culposas, se desvincula en el proceso el análisis de este elemento. En otros términos, aunque lo que generó la lesión sea una conducta culposa, esta no necesita ser discutida en juicio, bastando la prueba del daño, acción u omisión y nexo causal, lo que acaba generando la facilitación de la responsabilidad de los ofensores<sup>240</sup>.

Y esa evolución acabó por ser igualmente disciplinada, en Brasil, en el nuevo Código Civil, en los artículos 927, parágrafo único y 931, así como en el Código de Defesa del Consumidor, artículos 12 y 14, anteriormente citados.

En el derecho español igualmente hubo esa migración, con previsión de la responsabilidad sin la necesidad de análisis de la culpa, en razón de la aplicación de la teoría del riesgo, que pasó a autorizar la indemnización en casos de conducta que generaron daño, en razón de la actividad realizada. Según leciona GONZÁLES, “ya a fines del siglo XIX se hizo patente que el desarrollo del maquinismo y de la industrialización genera normalmente riesgos que, por un lado, si se materializan, producen un daño antijurídico a otras personas en cuanto que no tienen obligación de soportarlo”<sup>241</sup>. En esos casos, incluso cuando no se pueda imputar al ofensor la culpa, pasose a responsabilizarlo por el dano, por fuerza de la “objetivación de la responsabilidad”<sup>242</sup>.

Y sigue la doctrina afirmando que “a partir sobre todo de la segunda mitad del siglo XX se han ido aprobando normas que prevén la indemnización o resarcimiento de la víctima con mayor o menor independencia de la culpa del agente, generalmente salvo supuestos de fuerza mayor o culpa exclusiva de la víctima”<sup>243</sup>. Con ese enfoque surgieron las leyes de navegación aérea, de Energía nuclear y de los daños en el ámbito consumerista, dentre otras.<sup>244</sup>

---

<sup>240</sup> El análisis de la culpa o dolo debería ser valorado, no obstante, en las otras dos hipótesis que hace mención el doctrinario, las cuales son: pena de eluciones del heredero que no trae a colación los bienes que recibió en vida (art. 1992 del Código Civil), bien como la hipótesis del art. 1337 (Condomínio edilício).

<sup>241</sup> GONZÁLES, Dolores Palacio, in Responsabilidad Civil y Derecho de Daños, Tras las reformas legislativas de 2015, Teoría e Práctica, Coord. PRESAS, Inmaculada García, 2A ed., JURUÁ, LISBOA: 2016, p. 55.

<sup>242</sup> GONZÁLES, Dolores Palacio, in Responsabilidad Civil y Derecho de Daños, Tras las reformas legislativas de 2015, Teoría e Práctica, Coord. PRESAS, Inmaculada García, 2A ed., JURUÁ, LISBOA: 2016, p. 55.

<sup>243</sup> GONZÁLES, Dolores Palacio, in Responsabilidad Civil y Derecho de Daños, Tras las reformas legislativas de 2015, Teoría e Práctica, Coord. PRESAS, Inmaculada García, 2A ed., JURUÁ, LISBOA: 2016, p. 55.

<sup>244</sup> GONZÁLES, Dolores Palacio, in Responsabilidad Civil y Derecho de Daños, Tras las reformas legislativas de 2015, Teoría e Práctica, Coord. PRESAS, Inmaculada García, 2A ed., JURUÁ, LISBOA: 2016, p. 55.

Entonces, como regla, no se hace necesaria la prueba de dolo o de culpa en la hipótesis de daño punitivo en la dimensión consumista, o derivada de la actividad del ofensor que implica, por su naturaleza, riesgo para el derecho de la víctima, como, por ejemplo, actividad de transporte de pasajeros.

Hay que se observa que incluso en España la jurisprudencia igualmente pasó a responsabilizar objetivamente, aplicando la teoría del riesgo a los daños causados por actividades que lo generaban. Por lo tanto, una tendencia clara a la objetivación de la responsabilidad.

Esclarece GONZÁLEZ:

“Por otro lado, también los tribunales, y concretamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo (pesquisar jurisprudencia TS), con su actuación a la hora de interpretary aplicar el artículo 1902 del Código Civil, sobre todo en relación con las actividades que generan riesgo(...)fueron desplazando el criterio de imputabilidad subjetiva del daño de la pura culpabilidad a la situación del riesgo creada. Mas específicamente se ha hablado del criterio del riesgo para justificar que si quien lo genera recibe un beneficio por su actividad es justo que también le corresponda la reparación del daño que haya podido causar con la misma.” En esas hipótesis, la responsabilización solamente podría ser elidida si se probara que hubo fureza mayor, admitiéndose la responsabilidad en razón de un resultado socialmente dañoso.<sup>245</sup>

Específicamente en relación al derecho del consumidor, la Ley 26/1984 estableció el derecho de este tener reparados los daños causados a si en razón de la utilización de bienes y servicios, “salvo los causados por su culpa exclusiva o por la de personas de quien deberían responder”<sup>246</sup>.

Por su vez, el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (RD 1/2007) establece una “responsabilidad muy objetivada, con inversión de la carga de la prueba”<sup>247</sup>.

---

<sup>245</sup> GONZÁLEZ, Dolores Palacio, in Responsabilidad Civil y Derecho de Daños, Tras las reformas legislativas de 2015, Teoría e Práctica, Coord. PRESAS, Inmaculada García, 2A ed., JURUÁ, LISBOA: 2016, pp. 55-56. La misma doctrina al final establece que se produjo un retroceso en la aplicación de la teoría del riesgo en España, apenas admitida cuando la actividad genera riesgos extraordinarios o en hipótesis de daños desproporcionados. Idem, ibidem, p. 57

<sup>246</sup> GONZÁLEZ, Dolores Palacio, in Responsabilidad Civil y Derecho de Daños, Tras las reformas legislativas de 2015, Teoría e Práctica, Coord. PRESAS, Inmaculada García, 2A ed., JURUÁ, LISBOA: 2016, p. 110.

Así, el artículo 25 de la Ley 26/1984, in verbis: *Artículo vigésimo quinto. El consumidor y el usuario tienen derecho a ser indemnizados por los daños y perjuicios demostrados que el consumo de bienes o la utilización de productos o servicios les irroguen salvo que aquellos daños y perjuicios estén causados por su culpa exclusiva o por la de las personas de las que deba responder civilmente.*

<sup>247</sup> GONZÁLEZ, Dolores Palacio, in Responsabilidad Civil y Derecho de Daños, Tras las reformas legislativas de 2015, Teoría e Práctica, Coord. PRESAS, Inmaculada García, 2A ed., JURUÁ, LISBOA: 2016, p. 112.

Del mismo modo, el artículo 137 del TRLGDCU establece lo que se considera producto defectuoso, y el artículo 140 exonera la responsabilidad del productor y proveedor de bienes o servicios solamente en las hipótesis elencadas.

Artículo 137. Concepto legal de producto defectuoso.

1. Se entenderá por producto defectuoso aquél que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación.
2. En todo caso, un producto es defectuoso si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie.
3. Un producto no podrá ser considerado defectuoso por el solo hecho de que tal producto se ponga posteriormente en circulación de forma más perfeccionada.

Artículo 140. Causas de exoneración de la responsabilidad.

1. El productor no será responsable si prueba:
  - a) Que no había puesto en circulación el producto.
  - b) Que, dadas las circunstancias del caso, es posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto.
  - c) Que el producto no había sido fabricado para la venta o cualquier otra forma de distribución con finalidad económica, ni fabricado, importado, suministrado o distribuido en el marco de una actividad profesional o empresarial.
  - d) Que el defecto se debió a que el producto fue elaborado conforme a normas imperativas existentes.
  - e) Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto.
2. El productor de una parte integrante de un producto terminado no será responsable si prueba que el defecto es imputable a la concepción del producto al que ha sido incorporado o a las instrucciones dadas por el fabricante de ese producto.
3. En el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, los sujetos responsables, de acuerdo con este capítulo, no podrán invocar la causa de exoneración del apartado 1, letra e).

En ese paso, considero que, en el sistema de derecho del consumidor, área que nos propusimos a estudiar, pautado por la responsabilidad objetiva, igualmente no se hace necesaria la prueba de culpa para fines de fijación de daños punitivos. En otras palabras, al análisis de culpa no es necesaria, aunque esta se haga presente en el caso concreto. Lo que ocurre es que esta no es valorada para fines de responsabilización, siendo insignificante la prueba de su ocurrencia. No obstante, probado que el producto no era defectuoso, será excluida la responsabilidad.

Así, teniendo como finalidad la prevención de evitar el enriquecimiento sin causa, considero que pasa a lo largo el análisis del dolo y de culpa, en las hipótesis de litigios consumistas, o civiles, en los términos del art. 12 y 14 del CDC y art. 927, parágrafo único y

931 del Código Civil, en Barsil<sup>248</sup>, en la mayoría de las veces. En España esta regla se extrae de las disposiciones supra elencadas con relación al derecho del consumidor.<sup>249</sup>

No obstante, la jurisprudencia americana sigue valorando la conducta reproable para fines de cuantificación de los daños punitivos.

De hecho, sin embargo, tenga cuando del juicio de Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip (1991) Justice O'Connor afirmado que valorar la reprehensión de la conducta dejaba la fijación más arbitraria.<sup>250</sup> cuando la sentencia del caso BMW of N. Am. v. Gore (1996), Justice Stevens, en su voto, aunque admitiendo que los daños punitivos fueran fijados en la hipótesis de daños puramente económicos, afirmó:

El daño causado por BMW al Dr. Gore era únicamente de naturaleza económica. La restauración del acabado de preventa del carro no tiene efecto en sus características de rendimiento o de seguridad, o incluso su aparición durante al menos nueve meses después de su compra. La conducta de BMW evidenció ninguna indiferencia o desconsideración imprudente a la salud y seguridad de otros. Para estar seguro, infligir daño económico, especialmente cuando se hace intencionalmente a través de actos afirmativos de mala conducta, id., at 453, o cuando el objetivo es vulnerable económicamente, puede justificarse una sanción considerable<sup>251</sup>. Pero esta observación no convierte todos los actos que causan daño económico en agravios que son lo suficientemente reproable para justificar una sanción significativa, además de la compensación del daño.

---

<sup>248</sup> Cuando la actividad presenta riesgo a los derechos de terceros y en consecuencia de los productos puestos en circulación por los empresarios. Art. 927. Aquel que, por acto ilícito (arts. 186 y 187), cause daño a otro, está en la obligación de repararlo. Parágrafo único. Habrá obligación de reparar el daño, independientemente de culpa, en los casos especificados en la ley, o cuando la actividad normalmente desarrollada por el autor del daño implica, por su naturaleza, riesgo para los derechos de otro(...) Art. 931. Exceptuando otros casos previstos en la ley especial, los empresarios individuales y las empresas responden independientemente de culpa por los daños causados por los productos puestos en circulación.

<sup>249</sup> Excluiremos del análisis los daños punitivos en consecuencia del dolo, de la repugnancia de la conducta pretendiendo causar el daño, y nos fijaremos en la cuestión relacionada a la prevención y enriquecimiento sin causa. Además, incluso sino fuera así, en los ejemplos de arriba y en la mayoría de las ocurrencias, hay en lo mínimo, culpa del causante del daño. En este paso, en la hipótesis del banco que cobra tarifa abusiva o del empresario que pone a la venta producto en cantidad menor a la que anuncia en el embalaje, se infiere, en lo mínimo, a la ocurrencia de negligencia, sea en la compra de maquinaria o en la manutención, sea en la contratación de los funcionarios( culpa en la elección).

Se ha de reconsiderar esta afirmación que las conductas que violan el derecho del consumidor son de responsabilidad objetiva. Muchos leen esa afirmación entendiendo la inexistencia de culpa en la conducta, cuando la lectura correcta es autorizar la responsabilidad objetiva, es rechazar la necesidad de análisis de culpa/dolo, aunque estos elementos se hagan presentes.

Preámbulo PIZARRO, Ramon Daniel in Daño Moral: prevención/reparación/punición: El daño moral en las diversas ramas del derecho, Buenos Aires: Hammulabi, 1996, p. 468-469, apud RESEDÁ, idem ibidem, p. 264 neste sentido. Afirma que “el hecho de que un supuesto de responsabilidad se asiente sobre parámetros normativos objetivos no quiere decir que el caso concreto no pueda haber mediado alguna culpabilidad en la conducta de responsable(...) Lo que sucede es que, a veces, a ley hace abstracción de toda valoración subjetiva de la conducta del responsable, al tiempo de obligarlo a suportar las consecuencias de su actitud, pues toma en cuenta otros elementos, igualmente valiosos, que de por sí justifican aquella solución.

<sup>250</sup> CALANDRILLO, Steve P., *idem*, *ibidem*.

<sup>251</sup> Disponible en <https://www.law.cornell.edu/supct/html/94-896.ZO.html>, acceso em 18.03.2016.

Esta jurisprudencia llega a admitir la fijación de la indemnización punitiva cuando la conducta trae perjuicios meramente económicos, es decir, no sean repugnantes y que pongan en riesgo la salud o seguridad de los consumidores o terceros, en hipótesis de vulnerabilidad económica, aunque cuando de su cuantificación o el grado de reprobación sea la variable más valorada, demostrando que la función punitiva aún influencia fuertemente las decisiones de las Cortes Norte-Americanas.

Sin embargo, hay que señalar que lo que ocurre y no se puede olvidar es que en una amplia mayoría de los casos llevados a juicio lo que se observará es la práctica de una conducta pensada la elección de la acción en términos de costos y beneficios, lo que puede llevar a encuadrar la conducta como dolosa o culposa.

No obstante, si se aplica para configuración de la culpa la fórmula de HAND, la negligencia se configuraría siempre que el costo de la precaución fuera menor que la probabilidad del daño<sup>252</sup>. Es decir, siempre habría la opción de escoger de manera consiente la acción pasiva de causar el daño, pero ni siempre esa elección generaría dolo o culpa.

En efecto, por medio de la teoría económica, solamente habría responsabilidad si el coste de precaución fuera menor que el daño esperado, en casos de responsabilidad subjetiva, que es lo que defiende la jurisprudencia americana.

Pero hay que percibir que como hay siempre una elección de costes y beneficios, lo que puede ocurrir es una sub valoración de los bienes que deben ser protegidos. Es decir: habiendo la posibilidad de violación de bienes como la vida, salud y integridad física, que son de valores casi inestimables, la cautela debe ser muy elevada, pues en general el daño esperado siempre será más alto que la precaución.

Entra en el cálculo de una lesión reiterada de un defecto en el producto, muchas veces la falta de mantenimiento de la máquina de producción, por un análisis de costo beneficio que irá ocasionar el daño. O en un análisis más directo, la fabricación del producto con calidad baja debido al costo de la materia prima. Y tratándose de bienes de valores muy altos, se configuraría al menos la culpa.

Las críticas a ese modo del análisis de la culpa residen justamente en que puede permitir distorsiones, autorizando la venta de productos que no son seguros pues mal evaluada la opción por medio de los costes y beneficios. De ese modo, para corregir esas

---

<sup>252</sup> Según la fórmula de HAND, la negligencia se configuraría siempre que el costo de precaución (B) fuese menor que la probabilidad (P) x el daño (I):  $B < P \times I$ . POSNER, in *Economic Analysis of Law*, Wolters Kluwer, Seventh Edition, 2007, p. 168.



distorciones hay que valorar en la intensidad debida los bienes de manera a que casos como el del Ford Pinto no se repitan.

De hecho, en aquella hipótesis la Ford ha hecho un análisis de coste y beneficio para no rectificar el proyecto y seguir vendiendo automóviles con el peligro de explosión en casos de choque. Con la retificación del modelo, se salvarían alrededor de 180 vidas, 180 personas de lesiones por quemada y 2100 automóviles. Pero haciendo los cálculos resultó para la empresa que el coste de rectificación de los automóviles saldría \$137 millones y los costes de las indemnizaciones para las víctimas apenas \$ 49.5 millones<sup>253</sup>.

Explica el Professo Palmiter que “The company defended itself on the grounds that it used the accepted risk/benefit analysis to determine if the monetary costs of making the change were greater than the societal benefit. Based on the numbers Ford used, the cost would have been \$137 million versus the \$49.5 million price tag put on the deaths, injuries, and car damages, and thus Ford felt justified not implementing the design change. This risk/benefit analysis was created out of the development of product liability, culminating at Judge Learned Hand's BPL formula, where if the expected harm exceeded the cost to take the precaution, then the company must take the precaution, whereas if the cost was liable, then it did not have to. However, the BPL formula focuses on a specific accident, while the risk/benefit analysis requires an examination of the costs, risks, and benefits through use of the product as a whole”.<sup>254</sup>

Como vimos hay quien solamente vea como posible la aplicación de los daños punitivos en hipótesis de tener la parte actuado al menos culposamente. De manera a resolver el problema con la aplicación de la fórmula de HAND, hay que tener en cuenta que el valor de la vida fue equivocadamente evaluado, de modo que la producción de los automóviles no excluyó la culpa. De hecho, se hace necesario fijar indemnizaciones más altas a la vida y integridad física, y admitir la aplicación de los daños punitivos, de modo a pagar por toda la extensión del daño causado.

Sin embargo, hay que reafirmar nuestra opinión de que los daños punitivos son admitidos incluso en hipótesis de responsabilidad objetiva, por lo que no habría prohibición para su aplicación en el caso FORD Pinto, aunque interpretandose que no hubiera culpa. Pero claro no cómo calculado por la Empresa, pero más alta, de modo a valorar la vida de manera correcta.

---

<sup>253</sup> <http://users.wfu.edu/palmitar/Law&Valuation/Papers/1999/Leggett-pinto>

<sup>254</sup> <http://users.wfu.edu/palmitar/Law&Valuation/Papers/1999/Leggett-pinto>

Por su vez, pasando a lo largo del análisis económico, se puede cuestionar si la conducta que causó el daño no sería dolosa, por asumir el riesgo del daño, puesto que, pensada en términos de utilidad, principalmente cuando se trata de productores y proveedores de bienes y servicios, utilizando el grado de cautela de acuerdo con los beneficios financieros y costos que de allí provienen.

Así, en la elección de adoptar el nivel mayor o menor de cuidado en la fabricación de un automóvil, por ejemplo, con materiales mas o menos resistentes. Al elegir materiales de calidad inferior, sabiendo que eventualmente pueden ocurrir daños, se asume el riesgo de la conducta<sup>255</sup>.

En ese sentido, si no se valorar la teoría económica, mismo en los Estados Unidos la aplicación de los daños punitivos puede tener un campo extenso, una vez que aunque sea necesaria en su mayoría la prueba de dolo o de culpa, se hacen estos presentes en razón de la elección consciente en el análisis de costos y beneficios a producirse u ofrecerse un producto.

Hablando sobre el caso Ford Pinto el Profesor Palmiter expresa el problema del análisis de costo beneficio, aduciendo que “It is difficult to understand how a price can be put on saving a human life.”<sup>256</sup>

Sin embargo, seguramente no hay como exigir la adopción de la cautela máxima posible en la fabricación de todos los productos, pues el aumento del precio trae un perjuicio a los propios consumidores, que no podrán comprar el producto deseado. Pero, tratándose de poner en riesgo bienes como vida, salud y integridad física, la cautela debe ser aumentada de manera que el riesgo sea muy bajo.

Por ejemplo, analicemos la hipótesis de fabricación de un coche con barras de hierro de protección. Hay automóviles que la tienen en toda su extensión, y hay otros que apenas en algunas partes. Lo mismo pasa con airbags.

Exigir que todos los automóviles presenten la misma seguridad es reducir la actividad industrial y ser perjudicial, pues muchos no tendrán como adquirir el producto. Así, la cautela debe ser alta, pero no de manera a tornar el producto inaccesible.

Para minimizar los riesgos, y evitar la responsabilización, todavía entiendo que se hace necesario quitar la asimetría de información, clarificando a los consumidores todos los riesgos que presentan los productos inferiores y informando de otras opciones más seguras del

---

<sup>255</sup> Ejemplo clásico que llevó la fijación de daños punitivos relacionado con la elección consciente en la venta y fabricación de vehículo que pone en riesgo la vida de los propietarios y pasajeros ocurrió en el caso Grimshaw v. Ford Motor Co. <http://users.wfu.edu/palmiter/Law&Valuation/Papers/1999/Leggett-pinto>

<sup>256</sup> <http://users.wfu.edu/palmiter/Law&Valuation/Papers/1999/Leggett-pinto>

mercado, de manera a que este pueda elegir el grado de seguridad que le apetece, sin olvidar que este debe respetar siempre un rango mínimo.

Para algunos la necesidad de amplia información se hace necesaria incluso para evitar que el producto sea defectuoso. Analizando el caso Ford Pinto se observó que una de las hipótesis de defecto del producto ocurre cuando no se esclarece de sus peligros<sup>257</sup>.

Por su vez entiendo que en Brasil, tratándose de una relación consumista no se examina la culpa, solamente excluyendo la responsabilidad si se prueba la inexistencia del defecto del producto o servicio, considerándose defectuoso cuando no ofrece la seguridad con base en su presentación, conocimiento técnico y los riesgos que razonablemente se esperan del mismo<sup>258</sup>.

Como se ha visto, el objetivo es la internalización de los costos de la conducta nociva. En otras palabras, mismo desvinculada la culpa, puesto que se dio la cautela dentro de lo que razonablemente se esperaría del promedio de los hombres, o abajo del daño esperado, según la teoría económica, la fijación de daños punitivos en hipótesis que admiten la responsabilidad objetiva, como en la esfera consumista, sería posible.

La doctrina de MARINANGELO establece como requisitos para la aplicación del daño punitivo, la ocurrencia del daño moral, la culpa grave y la obtención de lucro con lo ilícito. No obstante, acaba por demostrar que esa opción por la necesaria presencia de la culpa grave o dolo no es tan sólida, estableciendo que “aunque no aparezca el dolo o culpa grave, es recomendable la aplicación de la indemnización punitiva para desestimular la conducta del agente”.<sup>259</sup>

No obstante, la no necesidad de análisis de culpa o de dolo, para fines de responsabilidad, en Brasil se há de observar que hay la posibilidad de exclusión de la responsabilidad, si el producto puesto en el mercado no presenta defecto.

En otros términos, cabe la fijación de daños punitivos en los mismos moldes que la responsabilidad en la dimensión consumista, excluyéndose la responsabilidad conforme enuncia el art. 12 y 14, textualmente:

---

<sup>257</sup> “After long debate, the courts have settled upon this risk/benefit analysis. For a defendant to be found liable, its product must be determined to be defective. A defect can take three forms: a defect in design (as was alleged against the Ford Motor Company), a defect in manufacture, or a defect in warning. In Ford's case, if the design is found to be defective, the company would be held liable”.

<sup>258</sup> Art. 12, parágrafo 1o, incisos I, II y III y art. 14, parágrafo 1o, Incisos I, II y III del Código de Defensa del Consumidor Brasileño. No obstante, como ya afirmamos, entendemos que en la hipótesis de posible violación de derechos fundamentales como la vida y la salud grado de precaución debe ser mayor, solamente eximiéndose de la responsabilidad si se adoptó el grado máximo previsto debido a los conocimientos técnicos y científicos existentes, valorándose, inclusive, el principio de la precaución.

<sup>259</sup> MARINANGELO, Rafael, *idem, ibidem*, pp. 700-701.

Art. 12. El fabricante, el productor, el constructor, nacional o extranjero, y el importador responden independientemente de la existencia de culpa, por la reparación de los daños causados a los consumidores por defectos recurrentes de proyecto, fabricación, construcción, montaje, fórmulas, manipulación, presentación o acondicionamiento de sus productos, bien como por informaciones insuficientes o inadecuadas sobre su utilización y riesgos.

§ 1º El producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad legítima que del mismo se espera, llevándose en consideración las circunstancias relevantes, entre las cuales:

- I - su presentación;
- II - el uso y los riesgos que razonablemente se esperan del mismo.
- III - la época en que fue colocado en circulación.

§ 2º El producto no es considerado defectuoso por el hecho que se colocó otro de mejor calidad en el mercado.

§ 3º El fabricante, el constructor, el productor o importador solo no será considerado responsable cuando pruebe:

- I - que no colocó el producto en el mercado;
- II - que así haya colocado el producto en el mercado, no existe el defecto;
- III - La culpa exclusiva del consumidor o de un tercero.

Art. 14. El proveedor de servicios responde, independientemente de la existencia de culpa, por la reparación de los daños causados a los consumidores por defectos relativos a la prestación de los servicios, bien como por informaciones insuficientes o inadecuadas sobre su usufructo y riesgo.

§ 1º El servicio es defectuoso cuando no ofrece la seguridad que el consumidor puede esperar, llevándose en consideración las circunstancias relevantes, entre las cuales:

- I - el modo de abastecimiento;
- II - el resultado y los riesgos que razonablemente se esperan;
- III - la época en que fue abastecido.

§ 2º El servicio no es considerado defectuoso por la adopción de nuevas técnicas.

§ 3º El proveedor de servicios solo no será considerado responsable cuando pruebe:

- I - que teniendo prestado el servicio, no existe el defecto;
- II - la culpa exclusiva del consumidor o un tercero

Del modo parecido, cómo vimos, la previsión de la legislación española sobre la materia. RD 1/2007:

Artículo 137. Concepto legal de producto defectuoso.

1. Se entenderá por producto defectuoso aquél que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación.
2. En todo caso, un producto es defectuoso si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie.
3. Un producto no podrá ser considerado defectuoso por el solo hecho de que tal producto se ponga posteriormente en circulación de forma más perfeccionada.

Artículo 140. Causas de exoneración de la responsabilidad.

1. El productor no será responsable si prueba:

- a) Que no había puesto en circulación el producto.
- b) Que, dadas las circunstancias del caso, es posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto.
- c) Que el producto no había sido fabricado para la venta o cualquier otra forma de distribución con finalidad económica, ni fabricado, importado, suministrado o distribuido en el marco de una actividad profesional o empresarial.
- d) Que el defecto se debió a que el producto fue elaborado conforme a normas imperativas existentes.

- e) Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto.
- 2. El productor de una parte integrante de un producto terminado no será responsable si prueba que el defecto es imputable a la concepción del producto al que ha sido incorporado o a las instrucciones dadas por el fabricante de ese producto.
- 3. En el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, los sujetos responsables, de acuerdo con este capítulo, no podrán invocar la causa de exoneración del apartado 1, letra e).

El producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad que de él se espera, con base en el conocimiento científico de la época (art. 12, §1o, III, art. 14§1o, III del CDC y art. 140.1 “e” del RD 1/2007) . Aunque en las dos legislaciones si hable de que no si considera defectuoso el producto después que otro de mejor calidad es ofrecido en el mercado, hay que atenderse para quitar la asimetría de información, haciendo referencia a productos más seguros, de modo a que el consumidor elija el riesgo que quiere incurrir.

La legislación española, atenta a los valores de ciertos bienes, no admite la exclusión de la responsabilidad en razón de que la falta de seguridad(defecto) no podría ser conocido en razón del avance del conocimiento técnico y científico de la época, con relación a medicamentos y alimentos destinados al consumo humano. Por lo tanto, adopta aquí la teoría de la precuación, de modo a no permitir ni la comercialización de esos productos, si no hubiera certeza de que no hacen mal a la salud o integridad física, no causan daños. Si lo hacen, y los daños ocurren, responderán por estos.

Por fin, hay que observar que aunque se entienda de manera diversa del expuesto, o sea, que se hace necesario el dolo o la culpa para fijación de daños punitivos, se admite su fijación en acciones civiles que basean su pedido en hipótesis de responsabilidad objetiva, apenas se autorizando que al analizar los daños punitivos se observe la culpa o dolo de la conducta. En ese sentido RODDY, esclareciendo que en *Drake v. Wham-O Manufacturing Co.* la Corte “refuted the argument that punitive damage doctrine was inconsistent with strict liability theory by explaining that a plaintiff can establish the elements of proof addressed to the issue of strict liability and then make a supplemental showing of aggravated manufacturer conduct to support the remedy of punitive damages”<sup>260</sup> . Concluye por la posibilidad de fijación de daños punitivos en hipótesis de responsabilidad objetiva, como ya decidido repetidas veces por las Cortes en Estados Unidos.<sup>261</sup>

---

<sup>260</sup> RODDY, Nadine, in *Punitive Damages in Strict Products Liability Litigation*, William and Mary Law Review, Volume 23, 1981-1982, p.358

<sup>261</sup> RODDY, Nadine, in *Punitive Damages in Strict Products Liability Litigation*, William and Mary Law Review, Volume 23, 1981-1982, p.361.

No es diferente la conclusión a que llega CLARK explicando que, en Estados Unidos, “the only court to hold punitive damages unavailable in strict liability actions” fue la Corte de Nueva Jersey, al decidir el caso *Gold v. Johns-Manville Sales Corp.*<sup>262</sup>

La doctrina de ROY es en el mismo sentido, afirmando que en el caso *Fischer v. Johns-Manville Sales Corp.* se estableció la posibilidad de fijación de daños punitivos en hipótesis de responsabilidad objetiva, lo mismo que fue decidido en *Wangen v. Ford Motor Co.*, donde se afirmó que no depende el pedido de daños punitivos de la naturaleza del pedido de daños compensatorios.<sup>263</sup>

La Suprema Corte de Oklahoma igualmente falló en ese sentido, posibilitando la condena en daños punitivos en hipótesis de responsabilidad objetiva.<sup>264</sup> Al decidir el caso *Maxey v. Freightliner Corp.*, estableció que no hay barreras para el análisis de los dos pedidos conjuntamente, y que se trata solamente de una cuestión de eficiencia del tribunal juzgarlos al mismo tiempo, admitiéndose igualmente la posibilidad de pedidos acumulados en el caso *Drake v. Wham-O Manufacturing Co.*

Además de esos requisitos, hay que señalar la importancia de tener ocurrido un enriquecimiento injusto del ofensor, o sea, que ese tenga se apropiado de la riqueza en razón del daño, como otro fundamento para la imposición de daños punitivos.

Así, analizados algunos puntos relativos a los daños punitivos y su aspecto económico, pasemos a verificar algunas de las repercusiones de la institución en el sistema jurídico.

## **2.6. Importancia de la institución jurídica**

### **2.6.1. Introduce eficiencia en el sistema jurídico. Reduce los daños y el número de acciones judiciales**

Con la previsión en el ordenamiento jurídico de daños punitivos, es decir, teniendo los productores y proveedores de productos y servicios ciencia de la posibilidad de condenación, en una acción individual, en valor superior de lo meramente compensatorio, en

---

<sup>262</sup> CLARK, James B, *Setton Hall Law Review*, Winter, 1984, V. 15(1), p. 216.

<sup>263</sup> Afirmando todavía la necesidad de prueba de la malicia, o la negligencia para la condena en daños punitivos. ROY, Richard F. Jr., *RUTGERS Law Journal*, Volume 18, 1986-1987, Numero 1, p. 986. Sin embargo, La Corte Suprema de Carolina del Sur al juzgar el caso *Barnwell v. Barber-Colman Co.* decidió por la imposibilidad de fijación de daños punitivos cuando se trata el pedido principal de responsabilidad objetiva. *Torts Law Annual Survey of South Carolina*. *South Carolina Law Review*, Volume 42, 1990-1991, Numero 1, p. 227.

<sup>264</sup> SCHOVANEC, Sandy, in *Manufacture's Products Liability: Punitive Damage Awards in Strict Liability Cases in Oklahoma*, *Oklahoma Law Review*, Volume 37, 1984, Número 1, p.339

razón de la lesión a un grupo de personas u obtención de una ventaja económica encima del perjuicio individual o colectivamente causado, los eventuales responsables por la satisfacción de esta indemnización pasarían a adoptar el cuidado ideal en su conducta.

De hecho, el daño esperado ya no sería el daño individual del lesionado que fue a juicio, pero los daños individuales de todos los lesionados, lo que lleva a una cautela más grande por la probabilidad del pago de indemnización correspondiente a todo el daño. Por su vez, en la hipótesis de daño punitivo determinando la devolución del lucro, el daño esperado incluye la variable lucro más el daño causado.

Al adoptarse una mayor diligencia en la producción y abastecimiento de productos y servicios, se generarían menos daños y lesiones a los derechos de los consumidores, así como a terceros. Esa ventaja traería consecuencias positivas para la sociedad, con el aumento del estado de bienestar, y disminución del número de demandas sobre el mismo tema. Es decir, habría una disminución del número de procesos interpuestos para la tutela del mismo derecho, una vez que las eventuales lesiones no llegarían a ser perpetradas.

La consecuencia última, pues, a que se llegaría es que habría una mejoría en la prestación jurisdiccional, aliviando el judiciario, con la reducción de las acciones en curso.

Lo que ocurre es que por medio de la aplicación de la teoría de los daños punitivos el daño esperado es más grande que si no hubiera la posibilidad de su fijación. Y de ese modo, la cautela igualmente será más grande, reduciendo el número de lesiones y consecuentemente de acciones judiciales.

Al final, es posible que ocurra una mejor eficiencia del sistema, con menos inversiones en seguros, una más grande seguridad jurídica, una reducción de procesos judiciales, etc.

Por último, de modo a traer mejor eficiencia al sistema, sustentamos que la doctrina de los daños punitivos se debe reinterpretar, planteando más una herramienta que pueda hacer con la internalización de los costos se operen de forma más eficaz, precisa y en mayor constancia<sup>265</sup>, de forma que alcance la disuasión ideal.

Y, en este aspecto, entendemos que siempre que sea posible, la adopción de la medida específica en sustitución a la indemnización alcanza con mayor precisión este objetivo, dado que por medio de una decisión se determina que el daño causado a una colectividad sea reparado en especie, o que distancia la dificultad de medir, sea por el hecho

---

<sup>265</sup> Pues muchos estudios apuntan que los daños punitivos son raramente fijados, y generalmente en valores insuficientes.

de la complejidad en calcular el daño colectivamente generado, sea por la posibilidad de reiteraciones de acciones sobre un mismo tema, que puede llevar a la fijación de daños punitivos repetidamente, con la consecuente ocurrencia de *bis in idem*.

Y al fin de cuentas lo que se observará será una mayor efectividad en la prestación jurisdiccional, pues además de disminuir el número de lesiones, teniendo en cuenta que la decisión judicial determina la adopción del cuidado ideal, igualmente tornará el sistema jurídico más eficiente, con el desbordamiento del judiciario, una vez que las eventuales lesiones anteriormente perpetradas deberán ser reparadas en especie, sin la necesidad que la parte se ampare a el judiciario individualmente, para la tutela de su derecho que fue violado.

### **2.6.2.- Establecimiento de un sistema de prevención optimo (prevención)**

Como vimos en líneas arriba, el objetivo de los daños punitivos es traer al sistema jurídico la prevención necesaria, de forma que maximice el bienestar de la sociedad. Por lo tanto, debe sancionar el ofensor en la medida exacta del daño causado, de modo que este internalice los costos de su conducta ilegal, pasando a adoptar la prevención ideal, evitando así la reiteración de la conducta lesiva.

Abordando este tema, POLINSKY y SHAVELL analizan la cuestión de los daños punitivos y la disuasión ideal a ser alcanzada por diversos ángulos<sup>266</sup>.

En un primer momento, analizan eventual “underdeterrence” y “overdeterrence”. De hecho, en la hipótesis de la sanción ultrapasar los límites necesarios, sea por la fijación de indemnización exorbitante en una acción, sea por la ocurrencia de *bis in idem* en diversas acciones tratándose del mismo daño, podría haber una supra-disuasión, obstaculizando la actividad económica, una vez que la eventual actuación económica sería más perjudicial que la inactividad, con adopción de cautela excesiva<sup>267</sup>. El nivel de actividad ejercida caería a niveles por debajo de lo deseable, repercutiendo negativamente en toda la sociedad.

A su vez, en la hipótesis de una prevención menor que la ideal, que ocurriría cuando la indemnización punitiva no internalizara todo el daño causado, podría ocurrir una baja disuasión, con partes perjudicadas sin la debida indemnización, y el ejercicio de

---

<sup>266</sup> POLINSKY, Mitchell A., SHAVELL, Steven, *in Punitive Damages*, idem, ibidem.

<sup>267</sup> Como vimos, a depender de los bienes en juego la cautela a ser adoptada debe ser la máxima posible, de acuerdo con los conocimientos técnicos científicos existentes, llegándose a aplicar el principio de la prevención cuando se trata de la protección de los derechos fundamentales como la vida, salud e integridad física.



actividades dañosas sin la adopción del cuidado necesario, con incentivos para continuar ejecutándola.

En estas hipótesis se adopta el nivel de cuidado abajo de lo esperado, causando lesiones y ahogamiento del judiciario con las mismas acciones sobre el tema.

Sin embargo, el facto es que por más que la doctrina de los daños punitivos tenga la intención de hacer el agente internalizar los costos, adoptando el nivel de cautela ideal, como vimos, difícilmente este es alcanzado, pues raramente este responderá por el daño en la proporción de la lesión causada a la colectividad.

Como habíamos mencionando anteriormente, los daños punitivos sirven para fines de internalización de los costos de la acción u omisión ilícita, que muchas veces alcanza la colectividad, o en la hipótesis, aunque excepcionalmente, de traer un placer intrínseco/lucro mayor que el daño efectivamente causado, incentivándolo para que adopte el nivel de cuidado ideal.

La baja disuasión como vimos, ocurre por diversos factores, como la baja probabilidad de condenación en daños punitivos, ser el productor y proveedor de productos y servicios amante del riesgo, dificultad de identificación de los daños y lesionados, poco incentivo para litigar en juicio, o hasta por la falta de ciencia de la doctrina de los daños punitivos, o baja aplicación de la institución.

Traen POLINSKY y SHAVELL, disertando sobre la baja disuasión, entre las hipótesis que indican las eventuales razones de su ocurrencia, la dificultad de relacionar el daño a una conducta ej.: cáncer por cigarrillos o por factores genéticos; la dificultad en probar quien causó el daño ej: daño automóvil que estaba estacionado; o desgaste y costo de juzgar una acción judicial.<sup>268</sup>

Así, observada la dificultad en adoptar una indemnización que atingiera la disuasión ideal, los doctrinarios intentan encontrar una fórmula para atingir la disuasión esperada.

Para tanto, los doctrinarios dicen que se hace necesario que la indemnización sea calculada con base en la probabilidad inversa de la parte ser responsabilizada, configurando el excedente en el daño punitivo, so pena de no obtenerse la disuasión necesaria, de no ser buscado el nivel de cuidado ideal por los productores y proveedores de productos y servicios.

Así, si la parte tiene probabilidad .25 de ser condenada, la indemnización debe corresponder a 4 veces el daño causado, considerándose el monto excedente como daños

---

<sup>268</sup> POLINSKY, Mitchell A., SHAVELL, Steven, in Punitive Damages, *idem, ibidem*, p. 5.

punitivos.<sup>269</sup> En ese sentido, entienden que la indemnización punitiva debe ser aplicada valorándose la probabilidad inversa de ser condenado al pago de daños punitivos.

No obstante, como vimos, cuantificar esta variable es tarea ardua, si no imposible. Dentro de los diversos factores está la dificultad de cuantificar e identificar daños y lesionados; los baremos y límites indemnizatorios fijados, identificación de las indemnizaciones fijadas en acciones anteriores, posibilidad de juicios posterior de la acción, o de fijación posterior de indemnización en acción en curso, etc.

En ese sentido, puede ser que en muchos casos la teoría de los daños punitivos no sea suficiente para alejar eventual baja disuasión<sup>270</sup>, produciendo que no se adopte el nivel de cautela ideal, por la dificultad de identificación de los lesionados y de los daños efectivamente perpetrados, de forma a autorizar el cálculo de la posibilidad de escapar a la indemnización. No obstante, esa baja disuasión igualmente ocurriría si no hubiese la previsión de la institución, y sería más contundente.

Lo que se concluye es que la teoría de los daños punitivos, aunque no venga a generar la disuasión ideal, siempre será más eficaz para la adopción del nivel ideal de cautela, y consecuentemente disminución de las acciones, que en los ordenamientos jurídicos no lo dispongan.

En cuanto a la supra-disuasión, difícilmente se operaría, por la baja intensidad en que los daños punitivos son concedidos.

Excepcionalmente, pese a que puede ser que venga a ocasionar este hecho, cuando haya la doble penalización por el mismo daño causado, de forma equivocada. Podría ocurrir, por ejemplo, cuando hubiese la fijación de daños punitivos sin valorar eventual daño ya pago administrativamente, por medio del acuerdo, u otra acción en curso.

En ese sentido, juzgadas diversas acciones sobre la misma demanda, pueden ser reiteradamente fijados daños punitivos muy por encima de las lesiones perpetradas, si consideradas en su conjunto, generando el pago de indemnizaciones astronómicas, que llevaría a una reducción de la actividad económica y hasta un posible colapso de la empresa. En este aspecto, esas condenaciones estarían generando una supra-disuasión, perjudicial a la sociedad.

---

<sup>269</sup> POLINKY, Mitchell A., SHAVELL, Steven, in *Punitive Damages*, idem, ibidem, pp. 5-6. Aducen, con precisión, que la posibilidad de condenación en daños punitivos puede llevar a un aumento de la probabilidad de juzgamiento de una acción en desfavor del ofensor, por los incentivos generados ante la posibilidad de recibir una indemnización punitiva, que repercutirá en el aumento de oportunidades del ofensor de ser considerado culpable, lo que debe igualmente ser valorado.

<sup>270</sup> Precaución inadecuada, precios de los productos bajos y producción de actividad de riesgo serían excesivas. POLINSKY, Mitchell A., SHAVELL, Steven, in *Punitive Damages: An Economic Analysis*, Harvard Law Review, Vol. 111, no. 04, February 1998, p. 873 (tradução livre).

En realidad, esta supra-disuasión estaría siendo generada en razón de la ocurrencia de *bis in idem* en el momento de la fijación de los daños punitivos, debiendo ser valorado por el Poder Judicial, cuando la fijación del quantum indemnizatorio, eventuales indemnizaciones ya fijadas, de tal forma que no ocasione la supra-disuasión mencionada.

De ese modo, de manera que evite su ocurrencia, se ha de valorar los eventuales daños punitivos fijados al cuantificar la indemnización. En ese sentido, las Cortes Americanas se vienen orientado en el sentido de permitir la valoración de eventuales indemnizaciones relativas a demandas sobre el mismo hecho, ya concedidas.

Por cierto, de igual modo que ocurre con la prevención abajo de lo ideal, igualmente no hay como distanciar de pronto los problemas relacionados con la eventual supra-disuasión, que podría generar una disminución de la actividad económica, y consecuentemente riqueza de la sociedad, por el hecho de la disminución de los servicios y productos colocados a disposición del ciudadano.

De modo a la reducción de este problema, con respecto a la posibilidad de indemnizaciones anteriormente fijadas, la parte podrá confrontar a los autos la información, de forma que se ponga en consideración en el punto de la fijación de la indemnización punitiva. En la hipótesis de procesos simultáneamente en curso, de la misma manera deberá ser informado en los autos respectivos, aún no juzgados, el valor de la indemnización previa, de modo a evitar o *bis in idem*.

De esa manera, se busca evitar la supra-disuasión, haciendo que el grado de cautela adecuado no interfiera negativamente en el bienestar social perseguido.

Otra hipótesis sería un error de cálculo que acabe por fijar los daños por encima de las lesiones causadas. Igualmente, la hipótesis es rara, en razón de los baremos legales y parámetros judiciales, como veremos.

Se trata, no obstante, de hipótesis puntuales, encontrando explícito que el problema mayor que rigen los daños punitivos es de baja disuasión. Como vimos y aquí repetimos, con base en el estudio realizado por SHARKEY apenas 3 a 5% da las causas civiles envolviendo daños punitivos van a juicio, siendo que apenas en 5% de los casos en que ganan son concedidos daños punitivos.<sup>271</sup> Para POLINSKY y SHAVELL, solamente son

---

<sup>271</sup> *El número de casos que van a juicio es muy pequeño, del orden del 3-5 por ciento de los casos civiles presentados en la corte estatal (Galanter, 2004: 509 tbl. 5). De los casos enjuiciados, los daños punitivos son adjudicados en una pequeña minoría, menos del 5 por ciento de los casos en los tribunales estatales)* Del Rossi & Viscusi, 2010: 138 n. 36; Eisenberg & Heise, 2011:6; Hersch & Viscusi, 2004:24 tbl. 2). EANTON, MUSTARD Y TALARICO esclarecen que “Fewer than 5 percent of civil cases filed result in trials (Eaton, Talarico, and Dunn 2000; Smith et al. 1995), plaintiffs prevail in approximately half of the tort cases that go to trial (DeFrances and Litras 1999; Eaton, Talarico, and Dunn 2000; Moller 1996),<sup>2</sup> and punitive damages

concedidos en 6% de las causas juzgadas en favor del autor de la acción. Además, en teoría los valores son baremados o fijados muy por debajo de la lesividad efectivamente perpetrada por la empresa.

Cabe resaltar, como apuntamos anteriormente, que entendemos la fijación da indemnización punitiva, por otro lado, puede pasar el límite de los daños efectivamente causados, considerados en conjunto, so pena de, en muchas hipótesis, principalmente cuando el daño retorna en lucro al ofensor (ej.: abastecimiento de producto con pieza de calidad inferior, bajando el costo de producción e incrementando el valor a ser percibido por el proveedor, como un neumático reencauchado), optar el productor y proveedor de productos y servicios por la no adopción de cautela ideal, o la realización de conducta dañosa, una vez que apenas excepcionalmente sería condenado a resarcir todo o daño causado, de lo cual obtuvo lucro proporcional al daño.

Otro ejemplo sería la cobranza de tarifa ilegal por una institución financiera, o por el abastecimiento menor de producto, como por ejemplo en la venta de shampoo con cantidad inferior a la descrita en la embalaje, venta de automóvil nuevo con pieza usada, o indirectamente, por una inversión de cautela debajo de la debida.

Es decir, apenas eventualmente sería condenado a pagar daños punitivos, y aún que así fuera, solamente podría indemnizar por el límite del real perjuicio que causó (indemnización por el valor del neumático que debería efectivamente haber sido proporcionado), que corresponde al lucro obtenido por la conducta ilícita. La eventual indemnización punitiva por encima del valor del daño efectivamente causado no generaría supra-disuasión, no obstante, la disuasión ideal.

De hecho, cuando el daño genera lucro al ofensor, mayor o igual al daño causado, indemnizar en el límite del lucro e no sería suficiente para lograr el objetivo perseguido de adopción, por los agentes económicos, del nivel de precaución ideal, admitiéndose la fijación de daños punitivos por cuantía un poco superior, so pena de ser válido al causante del daño ejercer la conducta ilícita, puesto que en la hipótesis de una efectiva condenación y aplicación de daños punitivos el quantum máximo a ser pago a título de daños compensatorios sería el lucro que obtuvo con la conducta ilícita.

De ese modo, entiendo que en algunas hipótesis el ideal no sería fijar los daños punitivos en la proporción exacta de los daños efectivamente causados y probabilidad de la

---

are awarded in only 2–5 percent of the tort cases in which the plaintiff prevails (DeFrances and Litras 1999; Luban 1998)”. Eaton, Thomas A; Mustard, David B., Talarico, Susette M. *in The effects os Seeking Punitive Damages on the Processing of Torts Claims*, The Journal of Legal Studies, Vol. 34, No. 2 (June 2005), pp. 343-369, p.344

parte de escapar a la responsabilidad, pues así continuaría habiendo incentivo para que los ocasionen, luego lo máximo por el cual sería obligado a indemnizar, valorándose colectivamente su conducta, sería el perjuicio concreto, que había revertido positivamente para sí en la misma proporción, incrementando su patrimonio, o incluso un lucro mas grande que eventual indemnización compensatoria a ser paga.

En estas hipótesis puntuales debe ser permitido una cuantía excedente, para que los incentivos en la búsqueda de la disuasión ideal fueran alcanzados. En ese aspecto entendemos posible determinar la devolución del lucro y pago de la indemnización, como establecen algunas normas jurídicas, a ejemplo el Código de defensa del Consumidor brasileño y la ley de patentes española.

De hecho, la previsión de indemnización superior al lucro obtenido no pasó desapercibida por la legislación brasileña, que al tratar de la cobranza de deuda ya paga, o cobrada indebidamente, determina la devolución del doble de lo que fue cobrado de más, de forma de crear el incentivo necesario para evitar la repetición de la conducta ilícita. Así, aplicada en una relación individual, igualmente puede ser pensada en la hipótesis de ocurrencia de daño social, admitiéndose la cobranza de cuantía excedente al daño efectivamente perpetrado, de modo que alcance la prevención necesaria<sup>272</sup>.

Igualmente, la legislación española establece previsión de la fijación de daños punitivos en concomitancia con los compensatorios, como vimos, por ejemplo, en la Ley de Patentes y Ley de Propiedad Intelectual.

Como fue explicado, considero que en realidad aquí se estaría incentivando la adopción de la prevención necesaria, especialmente en estas hipótesis puntuales.

Es de destacar que cuando el desvalor de la acción es el que estimula la conducta ilícita, por lo tanto, beneficia más al ofensor que la eventual indemnización a ser paga, se puede observar la necesidad de cálculo como supra apuntado. En efecto, si se limitase al pago de la indemnización proporcional al daño causado habría un aumento de la riqueza del autor de la conducta ilícita. En estas hipótesis, en que son valorados bienes de contenido no patrimonial, se hace difícil la cuantificación de los daños, de modo para alcanzar la disuasión necesaria. Una hipótesis sería, por ejemplo, cuando al autor obtiene más satisfacción en colocar un producto peligroso en el mercado, por el status que le traería, que la eventual indemnización a ser paga.

---

<sup>272</sup> Art. 42, parágrafo único do CDC e art. 940 do Código Civil

Para SHAVELL y POLINSKY, en estas hipótesis, solo los beneficios socialmente ilícitos deben ser interrumpidos y evitados completamente. Como defendimos anteriormente, analizándose globalmente inclusive, para el ofensor es socialmente más útil que el sistema avale estos provechos como socialmente inadmisibles, pues el beneficio social debe ser pensado en conjunto. Admitir este tipo de conducta causa una disminución del beneficio social, inclusive para el autor de la acción ilícita, con relación a los derechos individuales y sociales, como seguridad, respeto a las instituciones, etc.<sup>273</sup>

Es decir: puede ser mas beneficioso individualmente, pero para la sociedad no lo es, reduciendo el bienestar social incluso para el ofensor.

Así, para conseguir la disuasión necesaria, la indemnización debe ser superior a la utilidad del hecho. Y si esta fuera mayor que el daño causado, la indemnización debe ser superior a este. Es decir, de modo que evite la reducción de riqueza del individuo, se fijan daños punitivos para que este no obtenga una utilidad mayor con la conducta del eventual daño a ser indemnizado<sup>274</sup>.

En el ejemplo de POLINSKY y SHAVELL, cuando ganó R\$500 y el daño causado era de R\$100, la indemnización debe ser en lo mínimo R\$500 para alcanzarse la disuasión necesaria<sup>275</sup>.

Entiendo que debería pagar R\$500,00 a título de daño punitivo, sin olvidar el daño compensatorio de R\$100,00, sob pena de la indemnización se limitar al aumento patrimonial, no generando cualquier disuasión. De hecho, seguiría siendo ventajoso repetir el acto, pues podría no ser condenado y si fuera, apenas pagaría la cuantía que iguala al lucro obtenido.

Por otro lado, aunque no genere una ganancia patrimonial al ofensor, pero haya conseguido la potencialidad de alcanzar un grupo de personas, el daño punitivo debe valorar el daño concreto, también como admitirse su incremento por el daño potencial, de modo que genere la prevención ideal.

A su vez, para que haya la fijación de la indemnización, se debe analizar tanto el daño material, como el eventual daño moral causado. Según POLINSKY y SHAVELL, el daño moral, de difícil cuantificación, no puede ni debe ser sustituido por los daños punitivos, que juegan un papel importante en la disuasión. Así, aunque es de difícil medición, se debe

---

<sup>273</sup> POLINSKY, Mitchell A., SHAVELL, Steven, in *Punitive Damages*, idem, ibidem.

<sup>274</sup> Aquí analizándose la ganancia neta individualmente considerada, una vez que se trata del beneficio social ilícito, después de todo siempre habrá un perjuicio social al ser sufrido por el causante de la conducta.

<sup>275</sup> En nuestro punto de vista, se debe admitir una reducción, so pena de ser válido al autor arriesgar en la realización del acto, de modo que lo mínimo que tendría que pagar sería con la utilidad que obtuvo con la acción.

buscar la reparación integral en compensación, sumado del daño punitivo respectivo, que debe ser pensado igualmente en razón del daño material, como del eventual daño moral sufrido, de modo que se internalicen los costos de la conducta ilícita, con el objetivo de conseguir la disuasión necesaria<sup>276</sup>.

Por todo lo expuesto, observase que existen algunos problemas para la fijación de los daños punitivos, tanto de baja disuasión(más común), como de supra disuasión. Concordamos con SHAVELL y POLINSKY en que el cálculo debe valorar la probabilidad inversa del ofensor ser responsabilizado, pero eso aleja la dificultad en cantificación, que pasa por la necesidad de conocer la extensión del daño, los perjudicados, las otras demandas en curso, etc. Por su vez, agregase la dificultad en cantificación del daño moral y la necesidad de una indemnización más alta en caso de daño potencial u obtención de lucro con la conducta ilícita.

De todos los modos, con relación a la baja disuasión, mas problemas se presentarían con la no previsión de daños punitivos, pues sea con relación a lesiones de masa que quedan sin protección, sea con relación a la obtención de lucro, que incentiva la repetición de acciones ilícitas, habría una reducción de la cautela o mismo incentivo a la conducta ilegal, sin que se pudiera determinar indemnizaciones para corregir la cuestión. Es decir: la previsión de la institución es positiva para alcanzar una disuasión ideal.

Con relación a la alta disuasión, vimos que es un problema más pequeño, basandose en las estadísticas y fallos judiciales, que no son suficientes para quitar la aplicación de la institución.

La tendencia es que con la institución haya el aumento de la cautela, una vez que con la fijación de daños punitivos, o la amenaza de fijación, pasan los productores y proveedores de productos y servicios a adoptar el nivel ideal de prevención.

### **2.6.3. Reduce problemas de costos de transacción relacionados al ingreso de las acciones individuales**

Principalmente en las lesiones a los consumidores, que atingen un número elevado de personas dispersas, en lesiones de bajos montos. Pensando en la indemnización individual, faltaría el incentivo para litigar individualmente en las acciones de causas pequeñas, dada la insignificante indemnización a ser percibida.

---

<sup>276</sup> POLINSKY, Mitchell A., SHAVELL, Steven, in *Punitive Damages*, *idem, ibidem*, pp. 6-7.

En efecto, ante los altos costos de transacción, lo que ocurre es la disminución de las acciones judiciales, generando una baja disuasión, que incentiva a la reiteración de lesiones, puesto que muchas resultan sin la debida protección. Con la pulverización de las lesiones, difícilmente los que tuvieron sus derechos violados irían buscar la tutela de sus derechos.

Con la fijación de daños punitivos lo que ocurriría sería la compensación de estos lesionados, y pago por el ofensor del daño social causado, internalizando sus costos, generando un mayor incentivo a la litigación y protección del derecho violado. En otras palabras, los costos de transacción, que antes obstaculizaban el enjuiciamiento de la acción, ahora pierden relevancia, frente a la posibilidad de indemnización superior al daño mínimo producido, pasando a generar una tendencia mayor a la tutela judicial de su derecho.

Así, los costos de transacción en regla dificultarían la resolución del conflicto individual. En efecto, generarían en muchas hipótesis falta de incentivos a la recomposición del daño, tanto para realizar el eventual acuerdo, dado que la inclinación del ofensor sería de no negociar, una vez que la tendencia sea el no enjuiciamiento de la acción, como para no ir a juicio, por el probable valor insignificante de la indemnización a ser paga.

Así, la tutela punitiva autorizando el pago de indemnización superior al daño individual causado acaba por disminuir el obstáculo derivado de los altos costos de transacción, con mayor facilidad en la recomposición del daño, tanto extra judicial como judicialmente.

Para algunos doctrinarios trae en si igualmente un aspecto prejudicial, en razón del “shadow effect” que los daños punitivos crean, significando este “el impacto de los fallos judiciales sobre los procesos que llegan a una composición civil o no son resueltos por un Tribunal”<sup>277</sup>, traería un aspecto negativo a las composiciones civiles. Es decir: si elimina el problema de los costes de transacción, por otro lado perjudicarían los ofensores en la hora de hacer un acuerdo judicial, pues la posibilidad de fijación de una indemnización alta en razón de daños punitivos elevaría el valor del acuerdo, mas allá del justo.

Veremos en otro capítulo más detalladamente la cuestión, anticipando que en general no concordamos con esa tesis, pues hay una baja incidencia de daños punitivos y muchos límites y baremos, así que la tendencia es que el shadow effect no sea negativo.

Por otro lado, aunque favorable el incentivo a la litigación, si se puede satisfacer el derecho y incentivar la cautela con la reducción de las acciones judiciales, pues reducir[ia

---

<sup>277</sup> Eaton, Thomas A; Mustard, David B., Talarico, Susette M. in *The effects os Seeeking Punitive Damages on the Processing of Torts Claims*, The Journal of Legal Studies, Vol. 34, No. 2 (June 2005), pp. 343-369.



el coste social del proceso que es alto, la solución sería más beneficiosa. Veremos que la propuesta presentada por esa tesis busca alcanzar ese objetivo.

#### **2.6.4. Aleja el enriquecimiento injustificado del actor del daño.**

Es bien sabido que en las demandas consumistas, foco principal de nuestro tema que tratan de relaciones de masa, el daño generalmente no es causado en frente a un consumidor, sin embargo una gama de consumidores quedan sin protección judicial de sus derechos lesionados, muchas veces en razón del valor insignificante de la pretensión frente al desgaste y costos judiciales que envuelven una disputa. Dándoles un ejemplo que me ocurrió. Recibí de regalo una tostadora comprada por medio de una empresa en internet, que llegó dañada. La tostadora costaba aproximadamente R\$100,00(cien reales). El desgaste implicando la polémica persiste hasta hoy, ya que no obtuve un acuerdo, y no sé del resultado del proceso, han pasado más de 07(site) años. La negativa de devolución del producto dañado entra en los cálculos de la empresa, que prefiere no proceder a cambiarla o indemnizar la parte, pues es más ventajoso económicamente enfrentar uno o dos procesos judiciales, sin tener siquiera la certeza del resultado desfavorable, a cumplir con la legislación consumista.

En el mismo sentido la cobranza de tarifas ilegales o intereses abusivos por los bancos, que en medio de una masa de millones de clientes prefiere incumplir reiteradamente las normas, dado que apenas será procesado puntualmente por un número mínimo de personas, retirando, por consiguiente, de su conducta ilícita, un enriquecimiento injustificado que no puede ser salvaguardado por el derecho.

En efecto, la pulverización de las lesiones es una barrera. Y, cuando esta conducta genera de alguna manera un lucro, sea directo (en el caso del banco que cobra tarifa ilegal), sea indirecto (con la no inversión necesaria para una cautela ideal), genera el consecuente enriquecimiento ilícito del ofensor, principalmente, como vimos, en lesiones mínimas al bien jurídico del ofendido, que acaba por dejar de buscar la tutela de su derecho en virtud de los costos de transacción.

Con la pulverización de las lesiones y sin un sistema jurídico que consiga tutelar estos derechos, lo que se tiene es el aumento ilícito del patrimonio del causante del daño.

Además eso ocurre igualmente cuando el daño causado trae al ofensor un beneficio mayor (subjetivo u objetivo; moral o material) que la eventual compensación a ser paga, aunque se trate de lesión individual.

Ante la no aplicación de daños punitivos en casos similares, además de legitimarse la ilicitud pretérita, ante la notoriedad que diversos casos irán a quedarse sin protección, se incentiva la repetición de la conducta, pues sin tener una sanción se hace más ventajoso cometer la ilegalidad.

Evitar el enriquecimiento sin causa justa por parte del ofensor, es inclusive, uno de los fundamentos de la legitimación de la aplicación de los daños punitivos por la doctrina inglesa del derecho común, como vimos líneas atrás<sup>278</sup>.

Considero que la indemnización punitiva es mas un medio puesto a disposición de la sociedad para impedir el enriquecimiento sin causa, siendo este uno de sus principales objetivos, juntamente con el de evitar la reiteración de la conducta ilícita, el carácter disuasorio.<sup>279</sup>

Ciertamente, como ya fue expuesto previamente, actúa de forma a internalizar los perjuicios causados a los consumidores de productos e servicios. Así, como explica SHAVELL y POLINSKY, al fijar y cuantificar los daños punitivos, se debe valorar la probabilidad inversa de la persona ser responsabilizada.<sup>280</sup> Pero igualmente debe ser valorado el lucro, internalizando todo cuando de la fijacion de los daños punitivos.

El propósito al fijarse el quantum debido a título de daños punitivos es justamente de hacer que el deudor pague con los perjuicios causados, lo que muchas veces impede su enriquecimiento sin causa justa. Así, la ocurrencia del daño individual (siempre y cuando este genere una utilidad o lucro mayor que el eventual daño compensatorio a ser pago), o social debe ser completamente pago por el ofensor, admitiéndose, en hipótesis puntuales, inclusive, un aumento, que abogamos ser posible por medio del pago de la indemnización y la devolución del lucro, siempre y cuando el daño genere un lucro igual o mayor al eventual daño compensatorio a ser pago.

Así, aunque muchos defiendan la tesis de ser una institución que viola principios como el de la vedación al enriquecimiento sin causa de la víctima, afirmación que no estamos de acuerdo, como demostraremos en líneas posteriores, en realidad busca preservar ese principio, evitando el enriquecimiento injustificado del ofensor.

Así, analizados los puntos favorables de la institución, investigaremos ahora sucintamente puntos que presentan problemas para aplicación de la teoría de los daños

---

<sup>278</sup> Esa doctrina, inclusive, de PANTALEÓN que afirmó tener una relación entre los daños punitivos y la prohibición al enriquecimiento sin justa causa. YAGUEZ, p. 60

<sup>279</sup> PANTALEÓN, Fernando, *Artículo 1902, en Comentarios del Código Civil, Madrid*, Ministério da Justiça, 1991, II, pgs. 1973, apud YAGUEZ, *idem, ibidem*, p. 60

<sup>280</sup> POLINSKY, Mitchell A., SHAVELL, Steven, *in Punitive Damages: An Economic Analysis*, *idem, ibidem*.

punitivos. Esos serán novamente confrontados cuando de la presentación de la propuesta sugerida en esa tesis, de sustitución de la indemnización punitiva por una tutela específica, de manera a que se observe las ventajas de adopción de esa medida con relación a los daños punitivos monetarios.

## **2.7. Problemas:**

### **2.7.1. Análisis del dolo y de la culpa**

Al hablar brevemente de los requisitos necesarios a la fijación de los daños punitivos, analizamos rápidamente la cuestión de la culpa y del dolo como necesarios para su institución, desvinculando esa premisa.

Aquí, recapitularemos resumidamente el tema, demostrando la dificultad y pensamientos divergentes sobre el asunto.

La cuestión del análisis del dolo o culpa se analiza en dos momentos diversos, para fines de fijación de daños punitivos.

En efecto, en un primer momento se cuestiona acerca de la necesidad de análisis del dolo o culpa para fines de fijación de daños punitivos. Ese punto ya fue abordado anteriormente, siendo apartada la necesidad de este requisito, conforme el entendimiento que seguimos.

Con respecto a la previsión legislativa, observese que la responsabilidad objetiva con relación al derecho consumista está establecida, en Brasil, en los arts. 12 y 14 del Código de Defensa del Consumidor, así como en el derecho civil, art. 927 parágrafo único y art. 931. Na España, en los arts. 139 y 140 del Real Decreto Legislativo 1/2007, del 16 de noviembre.

Como vimos, esa afirmación informa no que habiendo dolo y/o culpa a disputa no puede ser procesada, aplicándose los preceptos y principios del Código de Defensa del Consumidor, pero que solamente estos elementos no serán objeto de estudio para fines de análisis de la responsabilidad civil<sup>281</sup>.

---

<sup>281</sup> Y con respecto, específicamente al grado de cuidado exigido, como también expuesto en líneas anteriores, considero que debe ser adoptado el nivel de cuidado ideal, significando esto que casi no responderá la parte por el daño causado, fueran las hipótesis excluyentes, que retiran el nexo causal, como culpa exclusiva de la víctima, o si el producto no fuera considerado defectuoso. Y, voy más allá, para defender que cuando se trata de productos y servicios que puedan poner en riesgo la vida, salud e integridad física del consumidor o de terceros, se há de valorar el principio de la precaución, adoptándose el nivel máximo de cuidado de acuerdo con los conocimientos técnicos o científicos existentes, so pena de admitirse la monetarización de bienes y derechos fundamentales.

Así, para fines de responsabilidad civil en el derecho del consumidor, se separa el análisis de dolo o culpa, inclusive para fines de fijación de indemnización punitiva.

Como bien explica WERTHEIMER, en caso de responsabilidad objetiva no se analiza la culpa. Lo que se busca es quién de las dos partes que no tuvieron culpa deberá soportar los costes del daño. Para mí queda claro que se trata de responsabilizar la parte que tuvo lucro con la puesta del producto en el mercado, en razón incluso del riesgo intrínseco a su actividad. Y, diversamente de lo que sustenta la autora, entiendo que la misma razón se aplica para los daños punitivos. 282

Explica la doctrina que “the manufacturer has put the product on the market, is responsible for its presence in the plaintiff’s hands, and has profited from its availability. Thus, even in the complete absence of fault, a strong fairness argument supports the conclusion that the loss should fall on the party who is responsible for the product, the manufacturer”. 283

En España igualmente en lo que hace referencia al derecho del consumidor, el análisis del dolo y de la culpa es alejada, no respondiendo el proveedor de productos y servicios solamente si el producto no es defectuoso.

Con respecto al sistema jurídico norteamericano, analizando la función punitiva como base para la fijación de daños punitivos, explican POLINSKY y SHAVELL sobre su despropósito, ratificando “...que la conducta del acusado se puede describir como reprobable y es en sí mismo irrelevante. Por supuesto, el enfoque en determinar los daños punitivos debe estar en la posibilidad del causante de escapar de la responsabilidad.” 284

En otras palabras, parte de la doctrina americana sustenta la desnecesidad de percartarse o en el despropósito de la valoración del dolo y la culpa para fines de fijación de la indemnización punitiva.

Sin embargo, la jurisprudencia norteamericana es resistente a esta discusión, entendiendo mayoritariamente que para la fijación de los daños punitivos debe haber reprehensión de la conducta, lo que indica la necesidad de la culpa o del dolo para su conformación.

---

<sup>282</sup> WERTHEIMER, Ellen, in *Punitive Damages and Strict Products Liability: An Essay in Oxymoron*, Villanova Law Review, Volume 39, 1994, p. 510

<sup>283</sup> WERTHEIMER, Ellen, in *Punitive Damages and Strict Products Liability: An Essay in Oxymoron*, Villanova Law Review, Volume 39, 1994, p. 511.

<sup>284</sup> POLINSKY, Mitchell A., SHAVELL, Steven, in *Punitive Damages: An Economic Analysis*, idem, ibidem, p.906.

Como vimos según SEBOK, en la línea de la evolución jurisprudencial, el entendimiento al que se llegó en la sentencia del caso era de necesidad de prueba de “despreocupación deliberada y osada”<sup>285</sup>.

SEBOK en su obra estatuye que efectivamente hubo una evolución doctrinaria y jurisprudencial en los Estados Unidos, en tres fases distintas, que coexisten actualmente de forma simultánea, habiéndose iniciado con la previsión de daños punitivos como castigo por la conducta cruel y humillante del autor del daño, pasando a tener carácter de prevención, de forma que evite la reiteración de la conducta ilícita en lesiones de masa.<sup>286</sup>

Se pasó a valorizar el daño social causado, debiendo crearse los incentivos correctos para evitar la reiteración de conductas dañinas. Como vimos, la Suprema Corte Americana, en la sentencia de BMW de Norte América. v. Gore estableció la posibilidad de fijación de daños punitivos, aunque no se trate de una conducta dolosa, cuando han alcanzado los derechos de hipo suficientes, pero sin alejar la censura de la conducta. Textualmente:

Para estar seguro, infligir un daño económico, especialmente cuando se hace intencionalmente por medio de actos de mala conducta, id., at 453, o cuando el objetivo es financieramente vulnerable, puede garantizar una penalización sustancial. Pero esta observación no convierte todos los actos que causan daños económicos en perjuicios que son lo suficientemente reprehensibles para justificar una sanción significativa, además de compensar los daños.<sup>287 288 289</sup>

---

<sup>285</sup> SEBOK, Anthony J., in *Punitive Damages in the United States*, em KOZIOL, Helmut e WILCOX, Vanessa (eds), *Punitive Damages: Common Law and Civil Perspectives*, Tort and Insurance Law, vol. 25, SpringerWeinNewYork, p. 165.

<sup>286</sup> Aquí seguimos cuestionando esa posición de SEBOK, una vez que estableció la fijación de daños desde que la conducta hubiese sido perpetrada con despreocupación deliberada y osada.

<sup>287</sup> Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/supct/html/94-896.ZO.html>, acceso el 24 de mayo de 2016.

<sup>288</sup> En este caso, BMW de Norte América v. Gore 116 S. Ct. 1589 (1996), fijó la Suprema Corte directrices para ser seguidas, como el grado de reprobación de la conducta; la razonabilidad en la relación entre daños punitivos y compensación de los daños, y en otro objetivo adicional, que es el alcance del valor fijado en las sanciones civiles para conductas comparables.

<sup>289</sup> Establece RESEDÁ que los parámetros para fijación de los daños punitivos por la Suprema Corte americana fueran: la reprobación de la conducta del acusado; el desequilibrio entre el daño efectivamente sufrido o en potencial y el daño punitivo, y un análisis comparativo entre el valor conferido por el jurado a título de daño ejemplar y otras multas civiles impuestas en casos similares. RESEDÁ, *idem*, *ibidem*, p. 256.

Refiere YÁGUEZ, que el Tribunal Supremo há establecido tres criterios para admitir la constitucionalidad de los daños punitivos: el grado de reprochabilidad de la conducta del demandado, la razonabilidad de la relación entre el importe de los daños compensatorios (esto es, estricta indemnización) y los daños punitivos, y el monto de las sanciones penales para conductas comparables. *idem*, *ibidem*, p. 36

De acuerdo a CALANDRILLO, en el caso BMW de Norte América v. Gore, los requisitos fijados por la Suprema Corte fueron el grado de reprobación de la conducta; la disparidad entre la lesión o posible lesión fijada, y los daños punitivos; la diferencia entre los daños punitivos impuestos y las penalidades civiles impuestas o autorizadas en casos análogos. CALANDRILLO, Steve P., *idem*, *ibidem*. Traducción libre. En líneas ulteriores, no obstante, hace referencias a sanciones penales o civiles: Argumenta: “El tercer punto de referencia de BMW requirió al tribunal comparar la indemnización de los daños punitivos con los derechos civiles o vínculos criminales penales comparados con la conducta indebida”. Calandrillo, Steve P., *idem*, *ibidem*, p. 14.

Sin embargo, la aplicación de daños punitivos en hipótesis de responsabilidad objetiva aumenta en los Estados Unidos. La Suprema Corte de Alaska al decidir el caso *Sturm, Ruger & Co. v. Day*, aduciendo que “punitive damages would have a strong deterrent effect on manufacturers when a defective product caused numerous minor injuries to people who could not afford to sue if punitive damages were not available, when payment of compensatory damages by the manufacturer would cost less than correcting the defect, or when a reckless manufacturer had gained an unfair advantage over more responsible competitors”<sup>290</sup>.

No obstante, todavía es mayoritariamente valorada la reprensión de la conducta, para fines de fijación del daño punitivo, lo que lleva a creer que se hace necesaria la presencia, por lo menos, de la culpa, para fines de fijación de indemnización punitiva en el derecho americano.

Además, de acuerdo a lo que considera Shavell que seguimos residualmente, para conductas con grado de crueldad y perversidad que tragan mayor placer a la víctima por el acto cruel en sí, se debe analizar el desvalor de la acción, para fines de fijación de daños punitivos, por lo que se analiza, en estas hipótesis, el dolo o culpa del agente.

Por consiguiente, se llega a una segunda etapa del análisis de dolo o culpa, que tiene relación con la fijación del quantum a título de daños punitivos. Es decir, si en la progresión de la indemnización punitiva, se valorarían estos elementos para fines de cuantificación del daño.

Considero que el análisis de dolo y culpa debe ser apartado tanto para fines de fijación del daño punitivo como para valoración del quantum indemnizatorio, salvo en la hipótesis en que es con base en esta fijación. En otras palabras, en las hipótesis en que se debe valorar el desvalor de la acción para verificar si este causó una utilidad mayor que el daño que eventual indemnización meramente compensatoria, pautándose la indemnización punitiva justamente en el análisis de este incremento de utilidad que de la conducta dañosa se extrae, no hay como apartarse la valoración del dolo, para fines de cuantificación de los daños punitivos.

En el mismo sentido de nuestra posición es la doctrina de POLINSKY y SHAVELL, que indica como opción fuera de lugar muchas veces adoptada por la

---

<sup>290</sup> RODDY, Nadine, in *Punitive Damages in Strict Products Liability Litigation*, William and Mary Law Review, Volume 23, 1981-1982, pp. 337-338

jurisprudencia americana la valoración de la reprehensión de la conducta para fines de fijación de daños punitivos<sup>291</sup>.

Parte de la jurisprudencia ya viene señalando en este sentido, aunque de forma minoritaria, como vimos. En este sentido igualmente el voto de Justice O'Connor en el juicio de Mutual Life Insurance Co. v. Haslip, demostrando su perplejidad en la valoración de la reprehensión de la conducta en el punto de la fijación de daños punitivos, dado que esta variable tornaba más arbitraria la fijación<sup>292</sup>.

No obstante, es un hecho notorio que parte de la legislación, la jurisprudencia y doctrina americana valoran el grado de dolo/culpa para fines de fijación del quantum indemnizatorio. En el juicio ya antes comentado de BMW de Norte América Am. v GORE, ha dejado establecido:

“Tal vez el indicio más importante de la razonabilidad de una indemnización por daños punitivos es el grado de reprehensión de la conducta del acusado (...) Este principio refleja el punto de vista aceptado que algunas faltas son más culpables que otras. Por lo tanto, hemos dicho que "los crímenes no violentos son menos graves que los crímenes marcados por violencia o la aflicción de la violencia." Solem v. Helm, 463 U.S. 277, 292-293 (1983). Similarly, "fraude y engaño", TXO, 509 U. S., at 462, son más reprehensibles que la negligencia. En TXO, tanto el Tribunal Supremo de Virginia Occidental y la justicia de esta Corte hicieron especial énfasis en el principio que los daños punitivos pueden no ser "gravemente fuera de proporción con la severidad de la infracción." <sup>[n.25]</sup> Id., at 453, 462. De hecho, para la justicia Kennedy, la intención malévola del acusado fue el elemento decisivo en el caso "estrecho y difícil". Id., at 468<sup>293</sup>.

No es diferente lo que ocurre en los Estados de Maine, Kentucky, Louisiana, Minnesota, Mississippi, South Dakota y Tennessee, estableciéndose parámetros a ser observados, sea por leyes, sea por obra de la jurisprudencia. Algunos de estos son: a) la riqueza del ofensor; b) la proporción en razón de los daños compensatorios; 3) la naturaleza y alcance del daño; 4) el grado de culpa o dolo; 5) otros factores relevantes<sup>294</sup>.

En la anterior sentencia referida del caso Mutual Life Insurance Co. v. Haslip, en su voto vencedor Justice Blackmun fijó algunos factores que deberían ser valorados cuando establece la fijación de daños punitivos, por el jurado, dentro de ellos el grado de censura de la conducta.<sup>295</sup>

---

<sup>291</sup> POLINSKY, Mitchell A., SHAVELL, Steven, in *Punitive Damages: An Economic Analysis*, idem, ibidem, p. 900.

<sup>292</sup> CALANDRILLO, Steve P., *idem*, ibidem, p. 12.

<sup>293</sup> SEBOK, Anthony J., in *Punitive Damages in the United States*, em KOZIOL, Helmut e WILCOX, Vanessa (eds), *Punitive Damages: Common Law and Civil Perspectives*, Tort and Insurance Law, vol. 25, SpringerWeinNewYork, p.185.

<sup>294</sup> Disponible en <https://www.law.cornell.edu/supct/html/94-896.ZO.html>. Acceso el 24 de mayo de 2016.

<sup>295</sup> CALANDRILLO, Steve P., *idem*, ibidem, p. 12.

Así, por lo menos en los Estados Unidos la jurisprudencia mayoritaria establece la posibilidad de análisis del dolo o culpa para fines de cuantificación de los daños punitivos, aunque se trate de hipótesis de responsabilidad objetiva.

En Brasil, como vimos, entendemos que esa se hace insignificante, siempre y cuando se trate de una controversia arraigada al sistema de responsabilidad objetiva, una vez que el objetivo de los daños punitivos es internalizar los costos de la conducta de modo que logre la prevención necesaria e ideal, pudiendo ser configurada la responsabilidad aun cuando adopte la cautela general.<sup>296</sup>

Es decir, aunque se ausente la culpa, habiendo la ocurrencia de daño, podrá fijarse la indemnización punitiva, apenas eximiéndose a su aplicación en los padrones previstos para la exclusión de la responsabilidad civil en general.

Por su vez, igualmente no se analizan estas variables para la cuantificación del dano, que apenas si aten a la extensión de este y el eventual lucro obtenido con el dano causado.

De ese modo, el enfoque más relevante y que nos detendremos es analizar lo que denominamos daños punitivos objetivos, donde no se hace necesaria que la conducta perpetrada haya sido con dolo o culpa, o que se trate de una conducta humillante.

Se trata de una interpretación que se extrae de los objetivos de los daños punitivos sostenida por la doctrina del análisis económico del derecho que ve en la institución el objetivo de internalizar los costes y pagar por el daño causado, de modo a attingir la disuasión ideal. La reprobación de la conducta, a culpa o el dolo no se hacen necesarios para la fijación de la indemnización punitiva, o para su cuantificación, en nuestro punto de vista.

No veo razón para que se entienda de forma diferente en lo que se refiere al sistema jurídico español, debiendo admitirse la fijación de daños punitivos en las hipótesis de responsabilidad objetiva sin indagarse en una eventual presencia de culpa o dolo, así como no valorarlo cuando de la fijación de la indemnización punitiva.

De ese modo vemos que la cuestión de la fijación de los daños punitivos pasan por el análisis de la necesidad de averiguar o no la culpa o el dolo, que para muchos doctrinarios y gran parte de la doctrina son requisitos esenciales de la institución.

---

<sup>296</sup> Se percibe que la noción de culpa como fundamento de la responsabilidad civil pasó por un proceso de objetivación, a medida que inicialmente era concebida sobre la óptica del agente causante del daño, con índice de reprobación moral de su conducta inepta, y actualmente tiende a ser visualizada como un padrón de diligencia objetivamente dado, con una nítida tendencia de multiplicación de sus estándares por los diversos campos de actuación humana. VOLPATO, Igor Bedone, en Revista Gestãe Controle, Noção Atual da Culpa dentro da Responsabilidade Civil Extracontratual, p. 58, disponible en <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:NCOQgaCd2aUJ:ojs.tce.ro.gov.br/ojs/index.php/TCE-RO/article/download/22/24+&cd=15&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>, acceso en 28/06/2016.



Entendemos que se trata de cuestión no pacífica, pero por medio de la doctrina del análisis económico del derecho se aparta la obligatoriedad de análisis de esos requisitos, siempre y cuando el sistema de responsabilidad general no lo demande, sea para fines de configuración de la responsabilidad, sea para su cantificación

## **2.7.2. Fijación del *quantum*. Cálculo del valor.**

### **2.7.2.1. Dificultad de cantificación.**

La obra de SEBOK demuestra la dificultad en la fijación de los daños punitivos, trayendo un análisis detallado de las legislaciones estatuales norte americanas. Aclara que en algunos estados no se observa cualquier restricción o parámetro para la fijación de estos daños punitivos, siendo que en otras hipótesis hay especificación de reglas que deberán ser observadas. Así, relata que hay aproximadamente siete métodos diferentes para la fijación del quantum.<sup>297</sup>

Como vimos, existen normas que vedan la imposición de daños punitivos y otras que autorizan expresamente, siendo vedada la aplicación en 05 estados Norte-americanos<sup>298</sup>. Salvo esta excepcionalidad, explica SALVADOR que valorándose las directrices especificadas por la Suprema Corte, en la fijación del quantum, se agregan disposiciones expresas, como el Baremo, en 16 estados, como la limitación a 3 veces el valor de los daños causados, o el salario anual del ofensor, o aunque, limitado a un nivel monetario, como suele ocurrir en Kansas, que apenas permite la fijación de indemnización punitiva hasta 5.000.000 dólares<sup>299</sup>.

Por último, aclara SALVADOR, aunque, la limitación de 13(treze) Estados en lo que se refiere al quantum destinado a la víctima del daño causado, remitiéndose de 50% a 75% a un fondo específico o agencia estatal. Aquí no se trata de limitación de imposición del valor, pero si de destinación de la cuantía, debiendo ser valorado para fines de fijación los demás dictámenes ya referenciados, como consideró la Suprema Corte<sup>300</sup>.

Algunos estados como Rhode Island, South Carolina y Vermont dan completa discrecionalidad al órgano juzgador. Maine, Kentucky, Lousiana, Minnesota, Mississipi, South Dakota y Tennessee, como vimos con antelación, y aqui repitimos, establecen

---

<sup>297</sup> SEBOK, Anthony J., in *Punitive Damages in the United States*, em KOZIOL, Helmut e WILCOX, Vanessa (eds), *Punitive Damages: Common Law and Civil Perspectives*, Tort and Insurance Law, vol. 25, SpringerWeinNewYork, p.185

<sup>298</sup> Conforme se expuso anteriormente, no es pacífico en la doctrina por los estados que prohíben la fijación de daños punitivos.

<sup>299</sup> CORDECH, *idem*, *ibidem*.

<sup>300</sup> CORDECH, *idem*, *ibidem*.

parámetros a ser observados, sea por leyes, sea por obra de la jurisprudencia. Algunos de los parámetros son a) la riqueza del ofensor; b) la proporción en razón de los daños compensatorios; 3) la naturaleza y alcance del daño; 4) el grado de culpa o dolo; 5) otros factores relevantes<sup>301</sup>.

Obsérvese que hasta las normas anteriormente citadas que sirven de guía, agregan una cláusula abierta para dejar la sugerencia del juzgador a la discrecionalidad en la fijación del valor de la indemnización punitiva, demostrándose la imposibilidad de encontrar una fórmula matemática para la cuantificación de los daños.

Según LOURENÇO, en la doctrina norte-americana el juicio de la causa puede orientar el jurado en la fijación de los daños punitivos. Presenta la autora:

“El quantum de los daños punitivos no es determinado previamente, siendo estipulado por el jurado, atendiendo las circunstancias del caso concreto y las directrices dadas por el juicio de la causa, lo cual puede orientar al jurado, estableciéndole algunos criterios de decisión, o, en lo mínimo, recordando el Restatement (second) of torts § 908, el cual enuncia que se debe atender el carácter de comportamiento del agente, a la naturaleza y extensión de los daños soportados por el lesionado y a la riqueza del infractor”.<sup>302</sup>

Sin embargo, aunque orientando el juri la fijación del *quantum*, y estableciendo que estos deberán valorar otras condenas, la conatificacion sigue siendo materia tortuosa. Enseña SCHOVANEC que en el caso Roginsky v. Richardson-Merrell, Inc “the court recognized the legal difficulties involved when many claims for punitive damages on the part of hundreds os plaintiffs are presented against a single defendant, The court noted that instructing the jury that it could consider the potential number of similar actions in determining the amount of the award would do little to alleviate the problem. Juries are inherently unable to know what punitive damages juries in other states may award the plaintiffs in other actions”<sup>303</sup>

A su vez, como ya hicimos referencia, POLINSKY y SHAVELL entienden que los daños punitivos deben ser calculados tomándose por base la probabilidad inversa de condenación en daños compensatorios.

No obstante, se tratar de una interpretación compatible con el objetivo de internalización de los costos de la conducta dañina, es de poca utilidad práctica, dada la

---

<sup>301</sup> SEBOK, Anthony J., in *Punitive Damages in the United States*, em KOZIOL, Helmut e WILCOX , Vanessa (eds), *Punitive Damages: Common Law and Civil Perspectives*, Tort and Insurance Law, vol. 25, SpringerWeinNewYork, p.185.

<sup>302</sup> LOURENÇO, Paula Meira, *idem*, *ibidem*, pp. 1084-1085

<sup>303</sup> SCHOVANEC, Sandy, in *Manufacture's Products Liability: Punitive Damage Awards in Strict Liability Cases in Oklahoma*, *Oklahoma Law Review*, Volume 37, 1984, Número 1, p.350

imposibilidad de realización de este cálculo probabilístico. ¿Cómo cuantificar la posibilidad de condenación, ante tantas variables como la dificultad de identificación del causante del daño, desinterés en litigar por los costos procesuales o por la baja repercusión financiera, etc?

Demostrando la fragilidad de esta deducción se replantea el análisis del caso Exxon Valdez, donde hubo derramamiento de 11 millones de galones de petróleo en Alaska, contaminando aproximadamente 1.000 millas de la costa del Estado<sup>304</sup>. Las implicaciones y daños causados tuvieron proporciones gigantescas, muchas veces de difícil cuantificación e individualización, causando daños de grande magnitud en algunos individuos, cuando otros fueron alcanzados ínfimamente en su bien jurídico, como en la hipótesis, por ejemplo, del pescador, que utilizaba el local apenas una vez por mes, y se extinguió la pesca en la región, lo que al final lo desincentiva a buscar la protección jurídica. Además, la cuantificación y medición del daño al medio ambiente es bastante difícil, lo que lleva, en este escenario, a inúmeras posibilidades de que se escape a la responsabilidad mismo a la responsabilidad en el quantum efectivamente debido, aunque obligado a indemnizar en parte.

No obstante, afirman diversamente POLINSKY y SHAVELL que las posibilidades de la empresa de escapar a la responsabilidad eran esencialmente nulas, por lo que no deberían ser fijados los daños punitivos, lo que demuestra la dificultad en la identificación y cálculo de esta variable.

Argumentan los doctrinarios: “Parece claro que en las circunstancias del accidente Exxon Valdez no hubo esencialmente ninguna posibilidad de que la empresa demandada, Exxon Corporation, pudiera escapar de la responsabilidad. Un accidente de esta magnitud, obviamente, se habría notado. Por otra parte, debido a que el buque petrolero estaba atrapado en un arrecife, la identidad del lesionador era evidente (...). Por eso, de acuerdo a nuestro análisis, no se necesitan daños punitivos, o no son apropiados, en las circunstancias de este caso porque el lesionador no podrá escapar de la responsabilidad de la compensación de los daños”.<sup>305</sup>

Los doctrinarios no acogieron las demás variables que influyen en el caso concreto, partiendo de un análisis genérico y que no se sustenta, por medio de un estudio más detallado del caso, como apuntamos líneas arriba, de la dispersión de los daños y difusión de este, de modo que muchos lesionados no irían a juicio a buscar la tutela de su derecho. O lo mismo en lesiones de alto monto, aunque identificado el causante del daño, puede este dejar

---

<sup>304</sup> POLINSKY, MITCHELL A., SHAVELL, STEVEN, in *Daños Punitivos: An Economic Analysis*, *idem*, *ibidem*, p.904.

<sup>305</sup> POLINSKY, MITCHELL A., SHAVELL, STEVEN, in *Daños Punitivos: An Economic Analysis*, *idem*, *ibidem*, pp. 903-904.

de ser demandado en juicio, ante el desgaste notorio que una demanda judicial genera. Es decir, ni siempre la condenación por los daños causados, por más seguro que sea el daño e identificado el causante de este, se opera.

Además, en esos tipos de daños ambientales, por ejemplo, como en otros causados por sustancias tóxicas como el cigarro, muchas veces llevase un largo período hasta que se identifique el daño o su extensión, otro factor que dificulta gran manera la cuantificación de estos y la identificación de la posibilidad de ser responsabilizado<sup>306</sup>

Así, entendemos que la fórmula propuesta transgrede por la variable escogida para su aplicación, siendo difícilmente aislada de manera correcta, dado que en su cuantificación son agregados otros elementos de difícil identificación, como los lesionados y los daños efectivamente perpetrados.

A su vez, incluso si fuera posible en teoría identificar los titulares de los derechos subjetivos, y realizar un levantamiento de las acciones juzgadas, salvo si la demanda en curso fuera juzgada en el último día del plazo de prescripción no se podría afirmar categóricamente el porcentaje de los que irían a juicio, dado que siempre podrían otros eventuales lesionados enjuiciar la acción posteriormente.

Ciertamente, salvo si se puede probar que el porcentaje de ingreso a juicio es constante y no varía con el pasar del tiempo, cualquier tentativa de cálculo es poco ilustrativa, apartándose el criterio de certeza necesario para la aplicación de la fórmula.

De modo a demostrar la corrección de nuestra interpretación, de la dificultad en establecer un percentil y las diversas variables que influyen la posibilidad de uno escapar a la responsabilidad, lo que hace de difícil aplicación la norma, traemos aquí incluso el texto de uno de los doctrinarios que discordamos, en ese punto demostrando entendimiento favorable a nuestra interpretación. De hecho, SHAVELL, investigando el *decisum* proferido por Judge Posner el caso Mathias v. Accor Economy Lodging, Inc. aduce que este estableció la pequeña posibilidad de acciones judiciales contra la empresa, pues “Motel & concealed its bedbug infestation. He also pointed out that, concealment aside, a lawsuit might be financially unattractive without punitive damages because Motel 6 was willing to invest significantly in litigation defense in order to discourage plaintiffs.”<sup>307</sup>

---

<sup>306</sup> Atenta a esta cuestión, por ejemplo, la legislación española, que admite en los daños causados por energía nuclear el aditamento del pedido formulado en juicio.

GONZÁLES, Dolores Palacio, in Responsabilidad Civil y Derecho de Daños, Tras las reformas legislativas de 2015, Teoría e Práctica, Coord. PRESAS, Inmaculada García, 2A ed., JURUÁ, LISBOA: 2016, p. 115.

<sup>307</sup> Aunque igualmente tenga establecido factores que influyen positivamente en la posibilidad de la empresa ser responsabilizada. 347 F.3d 677 (7th Cir.2003), *apud* Shavell, Steven, in *On the proper magnitude of punitive damages: Mathias v. Accor Economy Lodging, Inc.*, Harvard Law Review, vol. 120, no. 5(Mar., 2007), p. 1224.

En ese aspecto, observase que juegan papel preponderante en la fijación de la probabilidad de ser responsabilizado diversas variables que son muchas veces de difícil identificación y cuantificación, por lo que entendemos que es utópica la afirmación de que la empresa no pueda escapar la responsabilidad. Por otro lado, aunque interesante y que sirva como guía para la fijación de daños punitivos la fórmula, propondremos la su sustitución por una tutela específica, de modo a attingir como más precisión la finalidad buscada.

En el mismo sentido, DUGGAN, al afirmar que varios son los factores que posibilitan la parte escapar la responsabilidad. Ejemplifica: “(1) P may be unable to prove that she was wrongfully harmed; (2) P may be unable to prove that D was the wrongdoer; or (3) litigations costs may make it uneconomical for P to sue D, particularly if the amount at stake is small or there is a low likelihood of proving causation”<sup>308</sup>

Las decisiones de las Cortes americanas son vacilantes y casuísticas, demostrando claramente la imposibilidad tangible de cuantificación de este daño de forma objetiva.

Reconocen ese hecho POLISNKY y SHAVELL, afirmando que las decisiones de las Cortes apenas afirman que los daños punitivos tienen relación con los daños compensatorios, sin explicar cómo hacen esa relación. A su vez, pese a que apliquen un índice relacionando ambos, no explican cómo lo obtuvieron<sup>309</sup>.

Así, analizando algunas sentencias de la Suprema Corte, vemos una variación de posicionamiento en cuanto a los requisitos necesarios para la fijación de daños punitivos y su cuantificación. Cuando del juicio de *Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip* (1991), Justice Blackmun apuntó siete factores que deberían ser valorados en la fijación de daños punitivos, que son: a) relación entre los daños punitivos y el daño causado, o que podría ser causado con la conducta del ofensor; b) grado de rechazo de la conducta, la duración, consciencia del acusado, engaño y la ocurrencia o frecuencia de la conducta similar en el pasado; c) el lucro en razón de la conducta, el deseo de su reiteración y de imponer una pérdida al lesionado) la situación financiera del acusado; e) los costos del proceso; f) la eventual imposición de sanciones criminales, con el objetivo de mitigar los daños a ser fijados; f) en el mismo sentido, con respecto a la existencia de otras sanciones civiles por la misma conducta del acusado.<sup>310</sup> En este mismo juicio Justice Scalia entendió que no debería haber cualquier restricción al jurado en la fijación de daños punitivos. Y como ya mencionamos, y aquí repitimos, Justice O'Connor afirmó la necesidad de fijación de

---

<sup>308</sup> Duggan, Anthony, *Exemplary Damages in Equity: a law and economics perspective*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, no. 2 (2006) pp 309.

<sup>309</sup> POLINSKY, Mitchell A., SHAVELL, Steven, in *Punitive Damages*, *idem, ibidem*, p. 897.

<sup>310</sup> CALANDRILLO, Steve P., *idem, ibidem*.

parámetros, considerando que valorar la reprehensión de la conducta dejaba la fijación más arbitraria.<sup>311</sup>

Por su vez, en el juzgamiento del caso TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.(1993), los daños punitivos fueron fijados en 526 veces los daños compensatorios, ante la posibilidad de la conducta generar pérdidas substanciales para las partes y por ser parte de un padrón mayor de fraude<sup>312</sup>.

En su voto, Justice Stevens declaró:

“When the Court identified the several factors that should be mentioned in instructions to the jury, the first one that it mentioned reflected that example. It said: "Punitive damages should bear a reasonable relationship to the harm that is likely to occur from the defendant's conduct as well as to the harm that actually has occurred. If the defendant's actions caused or would likely cause in a similar situation only slight harm, the damages should be relatively small. If the harm is grievous, the damages should be much greater." 186 W. Va., at 668, 413 S. E. 2d, at 909 (emphasis added).<sup>313</sup>”

Así, se valoró no solamente el daño causado, pero la potencialidad de la conducta generar más daños que los que efectivamente ocurrieron.

Relata YÁGUEZ, a su vez, que en BMW 116 S. Ct. 1589 (1996) E BROCKMEIER (1999), establecio la Suprema Corte orientaciones para ser seguidas, como el grado de reprobación de la conducta; la razonabilidad en la relación entre daños punitivos y daños compensatorios, y otro objetivo adicional, que es el alcance del valor fijado en las sanciones penales para conductas comparables<sup>314</sup>.

En el caso BMW de Norte América v. Gore (1996), la Suprema Corte fijó directrices para ser seguidas cuando de la fijación de daños punitivos. Así, en su cuantificación se debería valorar: a) el grado de reprehensión de la conducta del acusado; b) disparidad de la lesión o posible lesión al derecho y los daños punitivos; c) la diferencia entre los daños punitivos fijados y las penalidades civiles impuestas o autorizadas, en casos análogos. En cuanto a la primera variable, entendió que tratándose de un daño meramente

---

<sup>311</sup> CALANDRILLO, Steve P., *idem, ibidem*.

<sup>312</sup> CALANDRILLO, Steve P., *idem, ibidem*.

<sup>313</sup> Disponible en <https://www.law.cornell.edu/supct/html/92-479.ZO.html>

<sup>314</sup>No obstante, en el mismo libro que hace mención a esta posición, establece RESEDÁ que los parámetros fijados por la Suprema Corte americana fueran: la *reprobación de la conducta del acusado*; el *desequilibrio entre el daño efectivamente sufrido o en potencial y el daño punitivo*, y un *análisis comparativo entre el valor conferido por el jurado a título de daño ejemplar y otras multas civiles impuestas en casos similares*, ya no haciendo referencia a sanciones penales, perosi a multas civiles. RESEDÁ, *idem, ibidem*, p. 256.

Relata YÁGUEZ, que el Tribunal Supremo ha establecido tres criterios para admitir la constitucionalidad de los daños punitivos: el grado de reprochabilidad de la conducta del demandado, la razonabilidad de la relación entre el importe de los daños compensatorios(esto es, estricta indemnización) y los daños punitivos, y el monto de las sanciones penales para conductas comparables. *idem, ibidem*, p. 36

económico deberá fijarse en menor valor que cuando hubiese dolo, imprudencia, o negligencia de la parte. Con respecto a la segunda, evitó fijar un parámetro, traer una fórmula matemática al caso, como había ocurrido en el juicio de Haslip, cuando la Corte entendió que los daños punitivos fijados 4 veces los compensatorios estarían cerca del límite constitucional<sup>315 316</sup>.

Sin embargo, en el caso *Schwarz v. Philip Morris Inc* (2002) fueron fijados \$150 millones en daños punitivos, que reflejaba 882.4 veces los daños compensatorios establecidos en el decisorio. Reflejando la misma gran magnitud de relación entre daños punitivos y compensatorios, el caso *Boeken v. Philip Morris Inc.* (2001), donde se condenó en \$3 millones en daños punitivos, representando 541.5 veces los daños compensatorios. Pero el caso donde más grande fue esa relación fue el *Bullock v. Philip Morris Inc.*, (2002), con la fijación de daños punitivos en \$28 millones, lo equivalente a aproximadamente 43.000 veces los compensatorios.<sup>317</sup>

Por su vez, con base en el principio del debido proceso legal, y en la relación daños compensatorios/daños punitivos, la Suprema Corte estableció en algunas decisiones que los daños punitivos deberían ser fijados en 4 o hasta 9 veces los compensatorios<sup>318</sup>. Resalta ZIPURSKY que después de una serie de juicios analizando la defensa desorbitada de los daños punitivos, y con base en la Enmienda 14, que establece la cláusula del debido proceso legal, se determinó en el juicio de *State Farm v. Campbell* (2003) como parámetro de abuso siempre y cuando la fijación de daños punitivos ultrapase nueve veces los daños compensatorios<sup>319 320</sup>.

Queda consignado: “Si bien estas relaciones no son vinculantes, son instructivas, ellos demuestran lo que debería ser obvio: multiplicadores de un dígito son más propensos a comportarse con el debido proceso, mientras logran las metas de disuasión y retribución del

---

<sup>315</sup> CALANDRILLO, Steve P., *idem, ibidem*.

<sup>316</sup> Según CALANDRILLO, la Suprema Corte americana, en la sentencia del caso *BMW of North America v. Gore*, había limitado la fijación en daños punitivos en 10x a indemnización compensatoria. CALANDRILLO, Steve P., *idem, ibidem*. No obstante, analizando el juzgado no se observa esa limitación. Disponible en <https://www.law.cornell.edu/supct/html/94-896.ZS.html>. Acceso el 28 de mayo de 2016.

<sup>317</sup> ROSSI, Alison F. Del Rossi y VISCUSI, W. Kip in *The Changing Landscape of Blockbuster Punitive Damages Awards*, NBER Working paper no. 15571, December 2009, JEL no. K10, K40

<sup>318</sup> ZIPURSKY, *idem, ibidem*.

<sup>319</sup> *Txo Product Corp.v. Aliance Resources* Disponible en <https://www.law.cornell.edu/supct/html/92-479.ZO.html>; *State Farm Mutual Automobile Ins. Co. v. Campbell*, disponible en <https://www.law.cornell.edu/supct/html/01-1289.ZO.html>

<sup>320</sup> En sentido contrario, afirmando que en el juicio del caso *State Farm Mutual Automobile Insurance Company vs. Campbell*, de 07 de abril de 2003, la Suprema Corte americana declaró la inconstitucionalidad de la fijación de daños punitivos en valor superior a 4 veces los daños compensatorios. MARIANGELO, Rafael, in *A evolução da indemnização por dano moral e a aplicação da indenização punitiva*, Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo, Reflexões sobre os 10 anos do Código Civil, Coordenadores LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore e MARTINS, Fernando Rodrigues. IDP. Atlas, São Paulo: 2012, p.694

estado, do que las sentencias de proporciones en rango de 500 a 1, id., at 582, o, en este caso, de 145 a 1”<sup>321</sup>.

Los parámetros establecidos en el momento de la sentencia de BMW de Norte América v. Gore fueron valorados en el caso del juicio de State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell (2003). El jurado había fijado la indemnización punitiva en 145 millones y daños compensatorios en 2.6 millones, mantenida por la Suprema Corte de Utah, fundamentándose en la riqueza del acusado y la dificultad de punición por las otras lesiones perpetradas a terceros, lo que llevaría aproximadamente a una penalización en 50.000 casos. La Suprema Corte derribó el monto, informando que se valoró el daño causado a terceros fuera de los límites del Estado, lo que violaba la cláusula del debido proceso legal, indicando que deberían ser considerados los parámetros fijados en BMW de Norte América v. Gore, y principalmente el grado de reprehensión de la conducta.

Estableció Justice Kennedy para fines de análisis de la reprobación los siguientes requisitos: a) si hubo daño físico, o meramente económico; b) fue indiferente o negligente con relación a la salud o seguridad del lesionado; c) fue una conducta única o acciones repetidas; d) el daño ocurrió por accidente o intencionalmente, por malicia, traición o trampa. Concluyó que difícilmente los daños punitivos que pasasen el límite de 9 veces los daños compensatorios no violarían la cláusula del debido proceso legal, previsto en la 14a enmienda<sup>322</sup>.

Sin embargo, en el caso Mathias v. Accor Economy Lodging, Inc., (2003), Judge Posner ha fijado en su decisión la cantia de \$5.000 en daños compensatorios y \$186.000 en daños punitivos, lo que representa 37.2 de los primeros.<sup>323</sup>

Al decidir el caso, aclaró Judge Posner:

“The Supreme Court did not, however, lay down a 4-to-1 or single-digit-ratio rule — it said merely that “there is a presumption against an award that has a 145-to-1 ratio,” State Farm Mutual Automobile Ins. Co. v. Campbell, supra, 123 S.Ct. at 1524 — and it would be unreasonable to do so. We must consider why punitive damages are awarded and why the Court has decided that due process requires that such awards be limited”.<sup>324</sup>

Además, en Featherson v. Gressler (2005), se condenó en 600.0 millones en daños punitivos y 6.0 millones em compensatórios, una relación entre los dos de 100.0 veces.

<sup>321</sup> Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/supct/html/01-1289.ZO.html>, acceso el 25/04/2016.

<sup>322</sup> CALANDRILLO, Steve P., *idem*, *ibidem*.

<sup>323</sup> 347 F.3d 677 (7th Cir.2003), *apud* Shavell, Steven, in *On the proper magnitude of punitive damages: Mathias v. Accor Economy Lodging, Inc.*, Harvard Law Review, vol. 120, no. 5(Mar., 2007), p. 1224.

<sup>324</sup> 347 F.3d 672 Mathias v. Accor Economy Lodging, Inc. Disponible en <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F3/347/347.F3d.672.03-1078.03-1010.html>



También estableciendo daños punitivos mucho más allá que los compensatorios la decisión del caso *Whittaker v. Southwestern Life Insurance Co.*(2004), que fijó los primeros en 1.600.0 millones e los últimos en 20.0 millones, o sea, 80 veces más.<sup>325</sup>

Por su vez, en *Philip Morris USA v. Williams* (2007), donde fueron fijados 121.000 en daños compensatorios y 79.5 millones en daños punitivos, la Corte decidió que pueden ser valorados daños a terceros, para fines de análisis de la reprehensión de la conducta,<sup>326 327</sup>.

De otro lado en la sentencia de *Exxon Shipping Co. v. Baker* (2008) la Suprema Corte acabó por limitar los daños punitivos, en casos marítimos, al valor de los daños compensatorios<sup>328</sup>.

La dificultad de establecimiento de un parámetro lleva a reformas reiteradas de los juzgados, como fue visto. En el emblemático caso *Grimshaw v. Ford Motor co.*(1981) en el que hubo negligencia en un defecto en el automóvil al ser el tanque de combustible inseguro, de fácil explosión en caso de recibir un choque por atrás del automóvil, lo que sucedió, ocasionando muerte y lesiones corporales en dos ocupantes del vehículo. En primer lugar la indemnización punitiva había sido fijada en US\$125.000.000,00 en favor de Grimshaw, reducida posteriormente por medio de revisión de la decisión a US\$ 3.500.000,00<sup>329 330</sup>.

En el caso ya citado *BMW de Norte América Inc. v. Ira Gore*, de (1996), la indemnización fue reducida por el Tribunal Supremo de Alabama a la mitad, seguido de la nueva reducción por la Suprema Corte Americana<sup>331</sup>. Esclarece ZIPURSKY 332 que en esta hipótesis fijaron en primer lugar los daños compensatorios en US\$ 4.000,00, los punitivos fueron establecidos en US\$4.000.000,00, reducida la indemnización a la mitad.

Diferente no fue la hipótesis del caso *Stella Liebeck v. Mc Donald's Corporation* (1994), que causó quemaduras de segundo y tercer grado por la forma y temperatura de presentación del café. Por haber sido comprobada la reiteración de la práctica de lo ilícito, por la ocurrencia de más de 700 casos similares, fue fijada en primer momento la indemnización compensatoria en US\$160.000,00 y US\$ 2.700.000,00, a título de punitivos, reducido el

---

<sup>325</sup> ROSSI, Alison F. Del Rossi y VISCUSI, W. Kip in *The Changing Landscape of Blockbuster Punitive Damages Awards*, NBER Working paper no. 15571, December 2009, JEL no. K10, K40 p.38

<sup>326</sup> 347 F.3d 677 (7th Cir.2003), *apud* Shavell, Steven, in *On the proper magnitude of punitive damages: Mathias v. Accor Economy Lodging, Inc.*, Harvard Law Review, vol. 120, no. 5(Mar., 2007), p. 1225.

<sup>327</sup> CALANDRILLO, Steve P., *idem, ibidem*.

<sup>328</sup> CALANDRILLO, Steve P., *idem, ibidem*, p.33

<sup>329</sup> RESEDÁ, *idem, ibidem*, p. 245-246.

<sup>330</sup> Disponível em <http://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/119/757.html>

<sup>331</sup> CORDECH, *idem, ibidem*, p. 143

<sup>332</sup> RESEDÁ, *idem, ibidem*, p. 246-247.

último posteriormente a US\$ 480.000,00 (3X los compensatorios), finalizando en US\$ 640.000,00 .<sup>333</sup>.

De ese modo observase la dificultad en la cuantificación de los daños punitivos. La relación y limitación de los daños punitivos a una parte de los compensatorios, como decidido en *State Farm v. Campbell* no satisface igualmente.<sup>334</sup>

Entiendo que este parámetro no sirve al objetivo buscado, de evitar la reiteración de la conducta lesiva. Tomemos, por ejemplo, una empresa de telefonía que cobra tarifa abusiva a sus clientes. Siendo notorio que su portafolio de clientes es de más de 1.000.000 de personas, la eventual indemnización compensatoria multiplicada por nueve en ningún momento traerá la disuasión necesaria para que esta empresa deje de perpetrar el acto dañino, una vez que es igualmente notorio que apenas una pequeñísima parte de sus clientes irán a juicio, principalmente si la lesión es de un monto pequeño<sup>335</sup>.

Lo ideal, en el caso, para fines de cálculo, desde mi punto de vista, sería multiplicar el valor del daño por el número de consumidores lesionados, de manera que se obtenga un resultado aproximado, informando a la parte acusada de la eventual acción en curso o en juicio que ya tuviera condena para pagar indemnización, sea compensatoria, sea punitiva. En estas hipótesis, una manera de evitar la supra-disuasión sería la solución que analizaremos en líneas subsiguientes, de remitir el valor de los daños punitivos para una cuenta específica, hasta que finalice la prescripción, con distribución por igual entre los que obtuvieron decisión favorable a título de daños punitivos.

Además, es de señalar que incluso los ejemplos citados son hipótesis en que el incentivo debido para alcanzar la prevención necesaria no fuera conseguido, una vez que persistieran los motivos para las partes de no adoptar el nivel de cuidado ideal, dado que apenas excepcionalmente se conseguirían que se internalizaran todos los costos de la conducta negligente.

---

<sup>333</sup> ZIPURSKY, Benjamin C., in *A Theory of Punitive Damages*, disponible en <http://ssrn.com/abstract=705281>, acceso el 07/11/2015.

<sup>334</sup> La Suprema Corte no tiene posición pacífica sobre el asunto. Justice Stevens, dando la opinión de la Corte en *BMW of North America Inc., v. Gore*, expone: "En *Haslip* llegamos a la conclusión que aún cuando la sentencia de los daños punitivos de "más de 4 veces el monto de los daños compensatorios," puede que "se acerque a la línea," si no "cruza la línea del área de impropiedad constitucional." *Haslip*, 499 U. S., at 23-24. *TXO*, siguiendo en *Haslip*, puliendo este análisis a través de la confirmación de la propia investigación es " ` si existe una relación razonable entre la sentencia de los daños punitivos y el daño que probablemente resultará de la conducta del acusado como del actual daño.' " *TXO*, 509 U. S., at 460 (énfasis en el original), citando *Haslip*, 499 U. S., at 21. Por lo tanto, se impuso una sentencia de \$10 millones en *TXO*, que nos hemos basado en la diferencia entre esa cifra y el daño a la víctima que habría traído consigo si el plan agravante hubiera tenido éxito. Esa diferencia sugiere que la relación pertinente no sea mayor que 10 a 1" Disponible en <https://www.law.cornell.edu/supct/html/94-896.ZO.html>, acceso el 29/06/2016.

<sup>335</sup> VER SHARK y porcentaje de los que van a juicio

Otra cuestión que debe ser discutida, y que veremos adelante, está relacionada con el lucro, y se ese debe ser valorado en la fijación, lo que igualmente demuestra la dificultad de medición.

Por cierto, siempre que el daño pueda generar un lucro igual y directamente proporcional a él, como en los ejemplos supra descritos, la condena en pagar apenas por el daño causado llevaría al ofensor a gastar en la misma proporción de lo que ha ganado, no habiendo perjuicio, y consecuentemente, motivación para mejorar la prestación del servicio y no repetir la conducta lesiva.

De hecho, en la hipótesis de cobranza indebida de un euro a una cartera de un millón de clientes, solamente la devolución de un millón no traería el incentivo, haciéndose necesario fijar daños un poco superiores a esa cuantía, sumándose daños y lucro.

Como vimos, es eso que establecen algunas normas en Brasil, cómo el artículo 42 párrafo único del Código de Defensa del Consumidor, y el artículo 940 del Código Civil. En España, en la Ley de Patentes y de Derechos de autor, dentro otras, igualmente hay esta previsión.

Por lo tanto, los requisitos y parámetros para la fijación de los daños punitivos no son claros, como se observa de los ejemplos jurisprudenciales y de la doctrina citada en ese capítulo, lo que lleva a una fijación muchas veces en menor monto que el ideal, en razón de baremos y límites establecidos por medio de las decisiones judiciales. De otro lado, no se puede olvidar la posibilidad de supra discusión de la actividad económica igualmente.

Lo que se concluye es que la indemnización punitiva objetiva la internalización de los costes para attingir la disuasión ideal, pero es de difícil cuantificación, lo que dificulta alcanzar la meta a que se propone. Como veremos adelante, nuestra propuesta tiene en objetivo de establecer un mecanismo más práctico en la teoría de los daños punitivos, que al mismo tiempo que reduce las demandas, igualmente llega al objetivo buscado con más asertividad, pues prescinde de cálculos, conseguido internalizar los costes y attingir la disuasión de manera más precisa.

#### **2.7.2.1.1. Dificultad de cuantificación: el daño potencial**

Hay de cuestionarse si cabrían daños punitivos si la conducta no llega a lesionar un grande grupo de personas, pero tenía esa potencialidad. Entiendo que hay de permitir la fijación de la indemnización punitiva, desde que haya la posibilidad de lesionar un grupo

grande de personas, sea en razón de los efectos difusos que proyecta, sea por la posibilidad de repetición del acto.

En ese paso, aconteciendo la potencialidad lesiva de alcanzar a terceros, se há de permitir la fijación de daños punitivos, una vez que uno de los objetivos perseguidos es la prevención.

Explica RESEDÁ que la no concesión de medios que impiden la repetición de actos ilícitos graves, o que son comúnmente practicados, consagraría la incompatibilidad de la responsabilidad civil ante la sistemática de la funcionalización del derecho.<sup>336</sup>

De hecho, como vimos en el juicio de TXO Production Corp. v. Alliance Resources, quedó consignada la opción de los jueces por la posibilidad de fijación arriba del valor del perjuicio ocurrido, por no limitarse el daño efectivamente perpetrado, sin embargo a otros posibles de realizarse, aunque no concretizados. Como ejemplo presento como se debatió en la West Virginia Supreme Court of Appeal, en el juicio de *Garnes v. Fleming Landfill, Inc.*, 186 W. Va. At 668, 413 S. E. 2d, at 909, en el que hubo disparo de arma de fuego a un grupo de personas, que por circunstancias ajenas apenas rompió un vidrio ocasionando un daño de R\$10,00. En esa hipótesis el daño punitivo debería superar únicamente lo compensatorio, de forma que se acerque a la disuasión ideal<sup>337</sup>, pudiéndose valorar el daño potencialmente, para fines de fijación de la indemnización.

Así, dejó consignado en el voto: “Teniendo en cuenta el daño potencial que podría resultar de la conducta del acusado en el cálculo de los daños punitivos, fue consistente con las perspectivas que expresamos en *Haslip*, supra(...)

Es oportuno tener en cuenta la magnitud del daño potencial que la conducta del acusado habría causado a su víctima prevista si el ilícito hubiera sucedido, así como el posible daño a otras víctimas que hubieran podido derivarse si el comportamiento similar futuro no fuera disuadido. ”<sup>338</sup>

Es decir, las Cortes Americanas vienen admitiendo la fijación de valores arriba de los daños efectivamente perpetrados, en razón de la doctrina del daño potencial, valorándolo como base y parámetro para fines de fijación de daños punitivos, lo que acaba, después de todo, autorizando el incremento de los daños punitivos incluso más grande que lo debido a título de daño social compensatorio causado. Así, POLINSKY y SHAVELL citan algunas

---

<sup>336</sup> RESEDÁ, idem, ibidem, p. 229

<sup>337</sup> Otra forma de raciocinio es reconocerr la ocurrencia de un daño social, la violación de bienes jurídicos como la paz pública y la seguridad, es decir, por alcanzar ese bien social protegido lo que incrementaría los daños punitivos. Disponible en <https://www.law.cornell.edu/supct/html/92-479.ZO.html>

<sup>338</sup> Disponible en <https://www.law.cornell.edu/supct/html/92-479.ZO.html>

sentencias en las que fue establecida esta premisa, como *Bemer Aviation, Inc. v. Hughes Helicopter Inc.*, 621, F. Supp. 290, 300 (F.I.) Pa 1985 *aff d*, 802 F 2d 445 (3d Cir. 1986), estableciendo que el daño punitivo puede valorar el daño potencial de la conducta. Así como el ya multicitado *TXO Prod. Corp. v. Alliance Resources Corp.* 509, US 443, 460 (1993).<sup>339</sup>

No obstante, abogan en sentido opuesto los doctrinarios antes citados, afirmando que el daño potencial no debería ser valorado para fines de fijación de indemnización punitiva, tan solamente el daño compensatorio en toda su amplitud, en su sentido social<sup>340</sup>.

Afirman que si la acción puede causar un daño de U\$1 millón o U\$ 5 millones, el daño esperado sería de U\$3 millones. Es decir, la prevención necesaria costaría U\$3 millones<sup>341</sup>.. A su vez, entienden que el daño a ser fijado se debería igualar al daño efectivo y no el esperado, lo que generaría la disuasión ideal<sup>342</sup>.

No estamos de acuerdo con este alcance. Inicialmente, pues entendemos que puede ser fijado un valor encima del daño efectivamente causado, de manera que alcance la disuasión necesaria<sup>343</sup>. No obstante sabemos que muchas veces la potencialidad del daño es de difícil cuantificación, (como demostramos líneas arriba, en la hipótesis de derramamiento de petróleo<sup>344</sup>), puede haber un espectro de fácil identificación.

En efecto, en algunas hipótesis puede ser fácilmente identificada (como poner a la venta un producto con la cantidad menor a la anunciada, identificando el lote y número de productos; la cobranza de tarifa ilegales, teniendo identificado el portafolio de clientes).

---

<sup>339</sup> POLINSKY, Mitchell A., SHAVELL, Steven, in *Daños Punitivos: An Economic Analysis*, *idem, ibidem*, p. 914.

<sup>340</sup> POLINSKY, Mitchell A., SHAVELL, Steven, in *Daños Punitivos: An Economic Analysis*, *idem, ibidem*, p. 914.

<sup>341</sup> POLINSKY, Mitchell A., SHAVELL, Steven, in *Daños Punitivos: An Economic Analysis*, *idem, ibidem*, p. 915.

<sup>342</sup> Dicen que aunque hubiera una hipótesis en la que la utilización del daño potencial haría que se adoptase el nivel de cuidado ideal: cuando este fuera fijado siempre en el promedio, aunque el daño efectivo fuera superior o inferior a esta. De cualquier forma, reconocen la dificultad en la implementación de esta interpretación, ante la dificultad de fijación de indemnización inferior al efectivo daño perpetrado. POLINSKY, Mitchell A., SHAVELL, Steven, in *Daños Punitivos: An Economic Analysis*, *idem, ibidem*, p. 916.

<sup>343</sup> En ese sentido se posicionó la Suprema Corte de Alabama, en el juicio de *Green Oil* al afirmar que una vez habiendo obtenido provecho, los daños punitivos deben englobarlo, y serán incrementados, para evitar la reiteración de la conducta y acercarse a la disuasión necesaria: En el juicio de *Green Oil Co. v. Hornsby*, Supreme Court of Alabama, Justice Houston afirmó: “*Si la conducta ilícita era rentable para el acusado, los daños punitivos deben eliminar la utilidad y deben estar por encima de la ganancia, por lo que el acusado asume la pérdida*”.

<sup>344</sup> Los propios doctrinarios reconocen la dificultad de implementación de esta teoría, exponiendo: “Para los tribunales poder calcular el daño esperado, tendrían que determinar cada nivel de daño que pudiera haber sucedido y su probabilidad de ocurrencia. Tales cantidades normalmente serían mucho más difíciles de establecer que el daño producido realmente(...). Estas observaciones sugieren que los tribunales soportan mayores gastos administrativos, y las partes asumirán mayores costos en la demanda, si el objetivo es calcular el daño esperado en lugar de verificar únicamente el daño real en el presente caso”. POLINSKY, Mitchell A., SHAVELL, Steven, in *Daños Punitivos: An Economic Analysis*, *idem, ibidem*, p. 917

Luego, por consiguiente la prevención necesaria e ideal debe ser pensada de forma que evite la perpetración del daño. La prevención necesaria es para evitar el daño en toda su potencialidad. Debe preguntarse si el daño era o no evitable, dadas las circunstancias y posibilidad de adopción de una conducta más cautelosa.

De ese modo, en la excepcionalidad de ser posible calcular el daño potencial, la valoración de este sería una forma de alcanzar la disuasión necesaria, puesto que solamente así, considerados los pros y contras, la parte tendría un desincentivo a la práctica de la conducta ilícita, sob pena de compensar el riesgo para obtener un provecho de la situación, como ya se explicó, solamente combatiendo sin duda con un plus a título de daños punitivos, además de los daños compensatorios causados, que podrían ser los daños potenciales, sin olvidar el lucro obtenido.

Como ejemplo, traemos nuevamente la hipótesis de venta de producto con la cantidad inferior a la anunciada, por una falla en la línea de producción, que genera un lucro para el proveedor. En la hipótesis de la indemnización ser mayor que el daño efectivamente causado será generado el estímulo necesario para la adopción de la cautela debida. Habiendo la potencialidad de lesión y obtención de lucro con la conducta, puedese fijar los daños punitivos por encima del daño efectivamente causado.

Así, nos valemos del ejemplo puesto por POLINSKY y SHAVELL, (aunque ellos lo interpreten de manera diferente), para demostrar la necesidad de tener en cuenta los daños potenciales, de manera que alcancen la disuasión ideal.

En la hipótesis discutida, en función de la conducta poder generar un daño de U\$1 millón o U\$5 millones, los daños a ser fijados son elevados a U\$3 millones, aunque el daño efectivo sea U\$1 millón, y sigue fijo en algunas hipótesis en U\$5 millones. En ese caso el daño promedio que se pagará será de U\$ 4 millones<sup>345</sup>, lo que se muestra favorable, dado que la adopción del cuidado ideal tendrá un mayor incentivo. Ciertamente, si el daño se efectúa, podrán pagar más que los simples daños compensatorios perpetrados.

De cualquier forma, este debate solo es válido si el daño causado no logra toda su potencialidad, so pena de eliminarse la figura del daño potencial. Así, por ejemplo, en la hipótesis de un derramamiento de petróleo en el que no habían adoptado el cuidado ideal, afectando la pesca de la región, apenas cuando el daño no alcanza toda su potencialidad, por ejemplo, sin la capacidad de exterminar la pesca, pero apenas reduciendo la captura de peces,

---

<sup>345</sup> POLINSKY, Mitchell A., SHAVELL, Steven, in *Daños Punitivos: An Economic Analysis*, *idem, ibidem*, p. 916.

habría campo para la valoración de los daños potenciales, en el momento de la fijación de daños punitivos.

Es decir: en hipótesis excepcionales, cuando el daño perpetrado alcance toda su potencialidad, y el lucro obtenido con la conducta ilícita se iguale o sea superior al eventual daño compensatorio a ser pago (ejemplo de los neumáticos reencauchados), hay que valorar ese lucro como daño punitivo, sin dejar de autorizar la condena por daños compensatorios, de modo que el sistema de responsabilidad civil logre el objetivo preventivo que es propio de el mismo.

De hecho, daños punitivos por el daño potencial, o en razón del lucro obtenido, deben ser fijados, de modo a la adopción del nivel de cuidado ideal por parte de los proveedores de productos y servicios.

#### **2.7.2.1.2. Dificultad de cuantificación: el lucro**

Hechas esas consideraciones, pasemos a analizar más detenidamente la influencia que el lucro puede generar en la fijación de daños punitivos, hipótesis igualmente propuesta por POLINSKY e SHAVELL<sup>346</sup>.

Siempre y cuando el lucro fuera expresivo, y en ese aspecto primordialmente igual o mayor que la eventual indemnización compensatoria a ser fijada, debe ser valorado para fines de fijación de daños punitivos, desde mi punto de vista.

Es decir, sin la imposición de daños punitivos, en algunas hipótesis, pesando en la balanza los pros y los contras, valdría la pena arriesgar en la perpetración de la conducta con el nivel de cuidado debajo del deseado. Así, por ejemplo, en la circunstancia de abastecimiento de producto con cuantía a menor, apenas excepcionalmente sería condenado al pago de daños punitivos, que reflejarían los daños compensatorios causados a todos los consumidores, que reflejarían el lucro obtenido.

En esta línea de discernimiento, en demandas específicas, se há de permitir que los daños punitivos sean fijados un poco por encima del valor debido a título de daños compensatorios para todos los lesionados, de manera que se consiga la prevención ideal. Por lo tanto, debe valorarse las ganancias obtenidas<sup>347</sup>.

---

<sup>346</sup>POLINSKY, Mitchell A., SHAVELL, Steven, in *Daños Punitivos: An Economic Analysis*, *idem, ibidem*, p. 918.

<sup>347</sup><http://law.justia.com/cases/alabama/supreme-court/1989/539-so-2d-218-1.html>

De hecho, no se puede olvidar que en muchos casos el estímulo para la adopción del nivel de cuidado más elevado, o no actuación ilícita, no es econtrado con la simples fijación de daños punitivos proporcionales a los daños.

Así, por ejemplo, configurada la hipótesis de la tarifa bancaria excesiva o, la venta menor del producto anunciado, como la reducción de 10 ml en el contenido del shampoo, se observan conductas que generan lucro, y para evitar la reiteración de esta, y el enriquecimiento injusto, se hace necesaria la imposición de daños punitivos por encima de los daños causados.

Por cierto, siempre que el daño pueda generar un lucro igual y directamente propocional a él, como en los ejemplos supra descritos, la condena en pagar por el daño causado apenas llevaría al ofensor a gastar en la misma proporción de lo que ha ganado, no habiendo prejuicio, y consecuentemente, motivación para mejorar la prestación del servicio y no repitir la conducta lesiva.

De hecho, en la hipótesis de cobranza indebida de un euro a una cartera de un millón de clientes, solamente la devolución del un millón no traeria el incentivo, haciendose necesario fijar daños un poco superior a esa cuantia.

Como vimos, es eso que establecen algunas normas en Brasil, cómo el artículo 42 párrafo único del Código de Defensa del Consumidor, y el artículo 940 del Código Civil. En España, en le Ley de Patentes y de Derechos de autor, dentre otras, igualmente hay esta previsión.

Es equiparable a la hipótesis de la utilidad que es mayor en la realización de conducta ilícita del eventual daño compensatorio a ser pago. Así, además de los daños compensatorios, cabem daños punitivos para que o lucro obtenido sea transferido para o lesionado. En el juicio de *Green Oil Co. v. Hornsby*, Supreme Court of Alabama, Justice Houston declarado: *“Si la conducta ilícita era rentable para el acusado, los daños punitivos deben eliminar la utilidad y deben estar por encima de la ganancia, por lo que el acusado reconoce la pérdida”*.<sup>348</sup>

Entienden los doctrinarios POLINKY y SHAVELL diversamente, que solo en la hipótesis en que la conducta genera un daño socialmente ilícito podría ser valorado el lucro obtenido para fines de fijación de los daños punitivos.

---

<sup>348</sup> En el juicio de *Green Oil Co. v. Hornsby*, Supreme Court of Alabama, Justice Houston afirmou: *“ Si la conducta ilícita era rentable para el acusado, los daños punitivos deben eliminar la utilidad y deben estar por encima de la ganancia, por lo que el acusado reconoce una pérdida”*.



Como vimos, pensar así debilita los objetivos y finalidad del derecho de daños, no alcanzando la prevención necesaria.

Y se há de cuestionar, nuevamente, el entendimiento que la lesión puede no generar un daño socialmente ilícito. Desde mi punto de vista, las hipótesis se igualan, pues siempre habrá un daño social por el incumplimiento de las normas y adopción de una conducta contrária al derecho. Lo que acaba ocurriendo, con la condenación, de todas maneras, es una utilidad mayor, dado que con eso se tienen preservados los bienes jurídicos como la paz social, seguridad, propiedad, etc., debiendo ser fijados los daños punitivos de manera que este lucro sea eliminado, sob pena que no se logre la prevención necesaria.

¿En efecto, cuál es el incentivo que una empresa tendría para evitar la conducta dañina, si esta continúa generando lucro? ¿Es decir, cuál es el incentivo que la empresa tiene, por ejemplo, en respetar el derecho de autor, si la violación del mismo está incrementando el patrimonio de la empresa?

Además, hay que atentar para el lucro indirecto, que proviene de la no inversión en una mayor cautela, que al final genera dano, o en la hipótesis de la valorización de una marca por medio de una conducta dañosa. Así, por ejemplo, del periódico que publica datos de proceso sigilosos o fotos íntimas de personas famosas, en que al final no genera un lucro solamente directo con el reportaje, pero puede generar un lucro indirecto, con un aumento de número de clientes en otras ediciones, en razón de la exclusividad de la noticia, aunque ilegal, que no podría ser publicada.<sup>349</sup>

En ese sentido apunta la Law Comission sobre la interpretación hecha por The House of Lords sobre la posibilidad de aplicación de daños punitivos, in verbis:

“The House of Lords therefore emphasised in *Broome v. Cassell* that a broad interpretation of Category 2 was essential. It is not necessary, for instance, that the defendant should have made a precise arithmetical calculation of the benefits to be obtained from the tortious conduct; it need only to be shown that the tort was knowingly committed for the purpose of obtaining some material advantage”<sup>350</sup>

Como sabemos, la protección legal genera incentivos para que las personas produzcan. En la hipótesis de una violación de los derechos de autor, generará un desincentivo al mercado cultural, pues es notório que aunque perciban los valores debidos a

---

<sup>349</sup> Así, por ejemplo, la Revista Closer que publicó fotos íntimas de Kate Middleton.

<sup>350</sup> Law Commission no. 132, *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages*, p. 61. Aunque aquí sustente la necesidad del dolo o culpa en la conducta equivocada, lo que sustentamos no se hacer necesario en caso de daños a los consumidores. Y además, aunque sí entienda necesario, como vimos, hay que notar que al final hay en la mayoría de los casos un análisis consciente de los costes y beneficios en la conducta que genera daño.

título de daños compensatorios, tales se darán por medio de procesos demorados y costosos, en el que la prueba del perjuicio sería de difícil cuantificación. Además, otra forma de desincentivo surgiría de la percepción que es mas costoso invertir en la realización de una obra, que la inversión en producción, venta y marketing de reproducciones ilegales, eliminándose el incentivo a la investigación e invención.

Es decir, para estimular la producción intelectual, en el caso de violación a los derechos de autor, se debería revertir el eventual lucro al titular, a título de daños punitivos<sup>351</sup>.

Además, imprescindible que no se limite la indemnización al lucro obtenido, pero va más allá, pudiendo ser fijada además de eventual daño compensatorio, pues solamente de ese modo se genera el incentivo para no repetición de la conducta dañosa.

Lo mismo ocurriría cuando la venta del producto se realizará sin el control de calidad necesario, sin la certificación debida. ¿Cuál sería el incentivo en adoptar el comportamiento conforme al derecho, si mismo enfrentando el proceso judicial y pagando la indemnización compensatoria, se estaría generando un lucro para la empresa?

Afirman algunos doctrinarios que si fueran fijados los daños punitivos iguales al lucro obtenido, y fijándose la indemnización igual al daño, cuando la ganancia fuese menor que el daño causado, habrá supra-disuasión.

En nuestra opinión habría de ser necesaria, para alcanzar la disuasión ideal, la fijación de indemnización por encima del lucro obtenido, o sea, el lucro y el daño compensatorio. Solamente así se generarían los incentivos necesarios para evitar la repetición de la conducta dañosa. Aunque la actividad económica sufra una reducción. La actividad económica no puede ser sobreponerse a las garantías individuales previstas constitucionalmente, so pena de generarse un daño social mayor.

Como esclarece la Law Comission, citando decisión sobre ese tema, “to restrict the damages recoverable to the actual gain made by the defendant if it exceeded the loss caused to the plaintiff, would leave a defendant contemplating an unlawful act with the certainty that he had nothing to lose to balance against the chance that the plaintiff might never sue him or, if he did, might fail in the hazards of litigation. It is only if there is a

---

<sup>351</sup>En teoría, puede ser que el éxito de las ventas hayan sido el resultado de una rigurosa campaña de marketing. Además, no obstante, la demanda sería compleja, pues se trataría de demostrar, por ejemplo, que aquel libro solo fue adquirido debido a la reducción del precio con el cual era vendido, generando una demanda costosa y larga, aún con la incertidumbre en cuanto a la cuantificación del daño, y de la condeanación, que puede provocar desincentivos a la producción literaria, ocasionando un perjuicio de índole social a todos.

prospect that the damages may exceed the defendant's gain that the social purpose of this category is achieved-to teach a wrongdoer that tort does not pay".<sup>352</sup>

Por otro lado, afirman que igualmente puede haber supra-disuasión por fuerza de un error de interpretación. Considero que eventual error efectivo no puede substituir a la búsqueda de cautela ideal, debiendo ser corregidos los excesos contingentes por el propio Poder Judicial.

Es decir: en el hipótesis de la conducta tener generado un lucro igual o acima del daño, hay que se fijar daños punitivos sumándose el lucro y el daño, evitando así el enriquecimiento sin causa, y traendo el estímulo necesario para no repetición de la conducta, mismo sin tener que superar el daño el límite individual, de hecho o potencialmente. Si hay incremento patrimonial, se hace imperativa la fijación de daños punitivos, valorandose el lucro y el daño.

Por lo tanto, cuando el provecho económico sea igual o más grande que el daño causado, es imperativa la fijación de daños punitivos, de modo a que se crear el incentivo necesario.

De todos los modos observase la dificultad de cuantificación relacionado con el tema del lucro.

#### **2.7.2.1.3. Dificultad de cuantificación: los costes de litigación.**

Otro cuestionamiento que hacen POLINSKY y SHAVELL al demostrar la dificultad de medición y cuantificación de los daños punitivos es si los costos de litigación deberían ser incluidos para fines de fijación de daños punitivos. En un primer momento afirman que siendo altos los costos de litigación en relación a la posible indemnización a ser fijada, ellos influyen el enjuiciamiento de acciones, y con eso la probabilidad de la parte de escapar a la responsabilidad, por lo que deben ser valorados en la fijación de daños punitivos. Sin embargo, consideran diversamente que si no fueran relevantes en relación a la indemnización a ser fijada, no deberían ser valorados para fines de fijación de daños punitivos.

La premisa es igual, aunque se muestre más relevante en algunas hipótesis que otras, no debiendo tener esta distinción. Como siempre está relacionado con los lucros a ser obtenidos en la acción, deben ser valorados para fines de fijación de daños.

---

<sup>352</sup> Law Commission no. 247, Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages, p. 58. Aunque establezca la law comision críticas a la necesidad que sea motivado por el deseo de lucro, por lo que si no se motivan por ese factor, no cabrían daños punivitos. *Idem, ibidem*, p. 59.

Aquí igualmente se analiza cuestión no pacífica con el cálculo del daño punitivo.

#### **2.7.2.1.4. Dificultad de cuantificación: otras penalidades.**

Otro cuestionamiento propuesto por POLINSKY y SHAVELL es si habría de valorarse las penalidades impuestas en otras áreas del derecho en el momento de la fijación de daños punitivos, como en las áreas administrativa y penal <sup>353</sup>.

Indican los doctrinarios que las Cortes americanas han decidido en la aplicación de esta premisa de dos formas diferentes: a) por la valoración de las penalidades, para fines de fijación de daños punitivos, reduciendo esporádicos valores anteriormente determinados en las otras áreas jurídicas; b) por la utilización de tales penalidades como parámetro para fines de cuantificación de los daños punitivos, como la Suprema Corte Americana decidió en *BMW of North America, Inc. v. Gore* <sup>354</sup>.

Pasemos a analizar las opciones:

Con relación a la opción a, entiendo que esta no es la mejor interpretación que se extrae del análisis de los ordenamientos jurídicos. Cada especialidad del derecho tiene funciones y persigue objetivos particulares; las esferas no se comunican, salvo en situaciones excepcionales previstas en la ley, de modo que no agote la protección y garantía que en estos ámbitos se ofrecen para la sociedad.

Así, las penalidades administrativas y penales operan en otra esfera jurídica. Existen eventuales comunicaciones, pero son pensadas de manera que generen el estímulo necesario a la consecución de los objetivos perseguidos por cada ámbito del derecho.

En ese sentido, la esfera administrativa no pretende que el procesado pague por el daño causado. Tiene otras finalidades, como la preservación del interés público. En el derecho penal, además del carácter retributivo, busca la prevención, para que no se reiteren actos que vayan a violar la protección penal a algunos bienes jurídicos esenciales, a la preservación de las garantías y derechos fundamentales. En otras palabras, la prevención se opera en otro nivel, buscando la protección y defensa de los bienes protegidos por sus normas. En efecto, si no fuera así, por ejemplo, se tendría que pensar que una eventual condena de la parte en una acción civil necesariamente legitimaría la reducción de la pena en el ámbito penal. No es así

<sup>353</sup> POLINSKY, Mitchell A., SHAVELL, Steven, in *Daños Punitivos: An Economic Analysis*, *idem*, *ibidem*, p.926

<sup>354</sup> <sup>354</sup> POLINSKY, Mitchell A., SHAVELL, Steven, in *Daños Punitivos: An Economic Analysis*, *idem*, *ibidem*, p.926. Citan la sentencia, que se dió en los siguientes términos: “Comparando la sentencia de los daños punitivos y las sanciones civil y criminal que podrían imponerse por las faltas de conducta similares que proporcionan un tercer indicio desmesurado” *BME of N. Am., Inc. v. Gore* 116 S Ct 1589,1603, 1996.

como se comunican las esferas jurídicas. Ellas son estacionarias, salvo rarísimas excepciones, previstas en la ley.

En Brasil, apenas cuando hay reparación espontánea del daño, y no el pago en la acción civil juzgada procedente, la medida es considerada una circunstancia atenuante de la pena. Es decir, se considera que el objetivo de la medida es más resocializador que el de prevención y compensatorio, funciones perseguidas en el ámbito civil<sup>355</sup>.

Las penalidades administrativas impuestas pretenden el cumplimiento de los preceptos y principios administrativos, de manera que se preserve la igualdad, eficiencia, moralidad, etc. Eventuales penalidades impuestas en el ejercicio del poder policial administrativo proponen que los administrados actúen de acuerdo con las normas preestablecidas que rigen este sistema, dentro de los límites administrativos fijados, de forma que resguarden el interés público, teniendo carácter preventivo y retributivo propio. A su vez, la sanción penal tiene carácter retributivo y preventivo igualmente, así como resocializador, que no puede ser confundido con los objetivos perseguidos en el derecho civil. Cada ámbito busca alcanzar sus objetivos autónomamente.

Así, entiendo que la eventual condenación en daños punitivos no puede y no debe ser valorada para fines de disminución de castigos fijados en otros ámbitos jurídicos, del mismo modo que unas sanciones en otras áreas no deben tener reflejo en el quantum a ser fijado a título de daños punitivos, pretendiendo este alcanzar la prevención dentro del sistema jurídico civil, y en los parámetros, modelos y valorando los principios pertinentes e este rango del derecho.

Respecto a la opción b, como bien apuntan POLINSKY y SHAVELL, no deberían ser valoradas como parámetros por si solas. Es decir, apenas sería posible su análisis y utilización como referencial si tuvieran como base, fueran elaboradas, de manera que internalicen los costos de la conducta dañosa. Es decir: tomándose por base la probabilidad de la parte ser responsabilizada, para alcanzar la disuasión necesaria.

En otras palabras, apenas sería útil si se valoraran como parámetro aquel mismo utilizado para fines de fijación de daños punitivos, lo que se presenta de difícil concretización, pues las sanciones de cada ámbito no se deben igualar, por no poseer los mismos objetivos.

---

<sup>355</sup> En hipótesis excepcionales, tratándose de crimen de menor potencial ofensivo, es decir, en que el bien jurídico protegido autoriza una protección más leve, con menor índole retributiva, la composición civil del daño puede dar lugar a la extinción de la punibilidad. Art. 74, parágrafo único da Ley 9.099/95.

Además, como vimos, incluso si así lo hicieran, esta variable (probabilidad inversa de la responsabilidad) es de difícil cuantificación, salvo rarísimas excepciones, por lo que su concretización por medio de una fórmula difícilmente se realizaría.

Entiendo además que esta opción igualmente no satisface, dado que el derecho penal, para fines de prevención, tiene como accesoria la pena pecuniaria impuesta, haciendo siempre acompañarla en la tipificación de pena privativa de libertad en potencial, y esta es la que trae a la luz la prevención necesaria para evitar la acción ilícita y su reiteración<sup>356</sup>.

Ciertamente, aunque apenas un porcentaje de los violadores de tipo penal consigue ser preso si cometen un delito, la prevención se extrae de la posibilidad de privación de este bien jurídico.

En otras palabras, la multa penal está pensada como parte de la sanción prevista, que agrega la privación de bienes de mayor envergadura, como el derecho a la libertad. Así, ella es un plus que se suma a las demás, pudiendo no ser suficiente para alcanzar el objetivo preventivo cuando es aplicada autónomamente en el ámbito civil.

En efecto, en el caso de simples indemnizaciones civiles que no tengan repercusión criminal, y posibilidad de privación de libertad, los pagos de los valores tipificados a título de multa no son expresivos a fin de llevar el desestímulo necesario, y, en definitiva, se trata de otro baremo que impediría la internalización de los costos de la indemnización debida, con la perpetuación del incentivo a la conducta lesiva.

Además, como explicamos con antelación, los bienes protegidos son diversos, actuando cada esfera jurídica en su propio límite, apenas se comunicando por medio de previsiones legales específicas. Los bienes de protección penal son otros, y por eso se suman las sanciones para alcanzar un objetivo que no es lo mismo de la tutela civil.

#### **2.7.2.1.5. Dificultad de cuantificación: otros incentivos.**

Demostrando una vez más la dificultad en la cuantificación y medición de los daños punitivos, argumentan POLINSKY y SJAVELL que se debe tener en cuenta, para fines de cuantificación de la indemnización, el hecho de que las víctimas sean, o no, consumidores de los productos y servicios fornecidos por el autor de la ofensa.

Exponen que por ser objetivo intrínseco de la empresa captar clientes, y mantener los antiguos consumidores, hay incentivos para una mayor adopción del nivel de cuidado, lo

---

<sup>356</sup> Art. 1 de la Ley de Introducción al Código Penal - Decreto Ley 3914/41 Art 1º Se considera crimen la infracción penal que la ley decreta pena de reclusión o de detención, ya sea solo o de forma alternativa o acumulativamente con la pena de multa;

que genera, por consiguiente, la disminución de la cuantía a ser fijada a título de daños punitivos.

Entiendo que en realidad lo que hay es la adopción de un nivel de cuidado mayor por parte del proveedor de productos y servicios, en lo que se refiere a posibles daños causados a los consumidores. Así, consecuentemente, habrá reducción de los daños y del número de lesionados, por lo que habría una disminución en la fijación de daños punitivos, una vez que el cuidado tomado se acerca más al ideal. El número de lesionados disminuye, y muchas veces ni siquiera existe la fijación de daños punitivos, una vez adoptado el cuidado ideal de la conducta<sup>357</sup>.

Es decir: en realidad no es el hecho del daño ser causado en contra los consumidores que ocasiona la disminución de los daños punitivos; lo que causa la disminución en la indemnización fijada es el nivel de cuidado adoptado, puesto que así hay reducción de los daños y del número de lesionados. En otras palabras, parte de los costos ya se encuentran internalizados.

Los incentivos para adoptar un nivel mayor o menor de cuidado son variados. En esta hipótesis, existe el incentivo de adoptar un nivel mayor, siendo la parte consumidora. El reflejo en los daños punitivos ocurre en razón del cuidado efectivamente adoptado.

El mismo raciocinio se extrae de la hipótesis de inexistencia de información asimétrica<sup>358</sup>. Siendo del conocimiento de todos los consumidores los riesgos que los productos presentan, tenderían a adquirir productos elaborados con mayor nivel de cuidado, lo que generaría que las empresas incrementaran la cautela en la producción y abastecimiento de productos y servicios, para poder mantener la clientela. Como consecuencia, habría la reducción de la fijación de daños punitivos, por la adopción del cuidado ideal e internalización de los costos.

Otro factor de algarabía es la valoración de la riqueza del causante del daño para fines de fijación de daños punitivos. De acuerdo con lo explicado, entendemos que en regla la riqueza no tiene trascendencia en su cuantificación, debiendo ser valorado el nivel de cuidado adoptado por la parte, para fines de verificación de la posibilidad de fijación de daños punitivos, de modo que internalice los daños causados. Igualmente, en las hipótesis

---

<sup>357</sup> Entendemos como cuidado ideal aquel que no genera la responsabilidad del productor o proveedor de productos y servicios, por no haber colocado en el mercado productos defectuosos. Arts. 12 parágrafo 1o e art. 14, parágrafo 1o do CDC.

<sup>358</sup> POLINSKY, Mitchell A., SHAVELL, Steven, in *Daños Punitivos: An Economic Analysis*, *idem, ibidem*, p.936

excepcionales, cuando el daño causado a la víctima trae un placer intrínseco mayor que el valor a ser fijado en su reparación.

No obstante, para algunos doctrinarios, como RESEDÁ, la capacidad económica de la empresa deberá influenciar en el valor de la indemnización a ser fijada<sup>359</sup>. Esa es igualmente la posición de EISENBERG que entiende que el nivel de daños punitivos debe ser fijado en un monto más grande para aquellos que tienen mayor riqueza.<sup>360</sup>

Como dijimos en regla general esa interpretación se debe evitar. Puede afirmarse que el raciocinio está disociado. La indemnización se mide por la extensión del daño causado, y no por la capacidad contributiva del agente. Lo que se debe buscar es internalizar los costes de la conducta y evitar el provecho por parte del autor, el enriquecimiento sin causa y la consecuente ventaja en la reiteración de las lesiones. Y ya vimos que aquí estamos apartando el análisis del dolo, del placer efectivo de causar el daño, sin embargo, del mismo modo no deja en teoría de ser pasible la valoración cuando se habla de utilidad, provecho de causa lícita.

Lo que se quiere, exactamente, es vedar la repetición de la acción, y por lo cual tenemos que evitar que esta traiga provecho positivo al agente, sea personal, sea financiero.<sup>361</sup> Así, no se debe valorar la capacidad económica de la empresa, pero sí lo que esta causó en la sociedad, y se debe combatir ese beneficio obtenido en perjuicio de los lesionados<sup>362</sup>.

En ese sentido, en términos generales de igual manera doctrinan POLINSKY y SHAVELL por la no valoración de la riqueza del demandado cuando de la fijación de la cuantía debida a título de daños punitivos.<sup>363</sup> CALANDRILLO también sustenta críticas a este tipo de interpretación.

---

<sup>359</sup> No se puede negar, por ejemplo, que una empresa solamente sentirá la necesidad de respetar los derechos de sus consumidores a partir de la aplicación de un valor considerable en relación a su capacidad económica. RESEDÁ, *idem, ibidem*, p. 254.

<sup>360</sup> EISENBERG, Theodore, GOERDT, John, OSTROM, Brian, ROTTMAN, David and WELLS, Martin T, *in* The Predictability of Punitive Damages, The Journal of Legal Studies, Vol. 26, No. S2 (June 1997), pp. 623-661. pp. 639-640.

<sup>361</sup> Dejamos este análisis para otro trabajo oportuno. Como vimos, entendemos que otra área jurídica debería cuidar esta cuestión de dolo ultrajante en la acción ilícita.

<sup>362</sup> Sin dejar de observar que los otros ámbitos jurídicos pretenden combatir el provecho obtenido de forma ilícita que transborde el nivel de protección civil, obvio del derecho penal, inclusive en lo que se refiere a crímenes contra el patrimonio u competencia desleal, pues es notorio que una empresa con grandes activos podría practicar crímenes lesionando a la población para bajar los precios, quebrantar la competencia y después volver al mercado y actuar lícitamente, obteniendo a partir de hay *ventaja lícita de origen ilícita*, si la salvaguardia jurídica no fuera efectiva.

<sup>363</sup> POLINSKY, Mitchell A., SHAVELL, Steven, *in Punitive Damages: An Economic Analysis*, *idem, ibidem*, p. 900.



No es diversa la opinión de Judge Posner. Cuando decidió el caso *Mathias v. Accor Economy Lodging Inc.*, relató:<sup>364</sup>

“A defendant's wealth is not a sufficient basis for awarding punitive damages. *State Farm Mutual Automobile Ins. Co. v. Campbell*, supra, 123 S.Ct. at 1525; *BMW of North America, Inc. v. Gore*, supra, 517 U.S. at 591, 116 S.Ct. 1589 (concurring opinion); *Zazu Designs v. L'Oreal, S.A.*, 979 F.2d 499, 508-09 (7th Cir.1992). That would be discriminatory and would violate the rule of law, as we explained earlier, by making punishment depend on status rather than conduct”.

Como exponen con mucha propiedad POLINSKY y SHAVELL en algunos momentos la capacidad económica puede influenciar la fijación de daños punitivos, su cuantificación, dado que la utilidad marginal del dinero disminuye con el aumento de la riqueza<sup>365</sup>. Así, la utilidad de la conducta ilícita puede superar el daño compensatorio para unos, debiendo ser mayor el daño punitivo, para aquellos, con la intención de alcanzar la disuasión necesaria<sup>366</sup>

Advogando esta tese la Suprema Corte Norte Americana, CALANDRILLO informa que el Órgano se inclina en el sentido de valorar el patrimonio de la empresa para fines de fijación de daños punitivos, conforme decisión en el caso *Pac. Mut. Life Ins. Co v. Haslip*.<sup>367</sup>

Otra variable sugerida por la doctrina americana y jurisprudencia, siendo valorada para fines de cuantificación de los daños punitivos, es la reprehensión de la conducta, como apuntamos anteriormente.

POLINSKY y SHAVELL sacan a la luz el caso *Green Oil Co. v. Hornsby*, 539 So. 2d 218, 223 (Ala. 1989) “El grado de censura de la conducta del acusado debería ser considerado” para “determinar si la sentencia de los jurados fijando los daños punitivos fue excesiva o inadecuada”, entendimiento que fue reiterado en *Pacific Mut. Life Ins. Co. v.*

---

<sup>364</sup> 347 F.3d 672 *Mathias v. Accor Economy Lodging, Inc.* Disponible en <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F3/347/347.F3d.672.03-1078.03-1010.html> Aunque, admita excepcionalmente, como cuando utiliza la riqueza para dificultar la litigación.

<sup>365</sup> POLINSKY, Mitchell A., SHAVELL, Steven, in *Daños Punitivos: An Economic Analysis*, *idem*, *ibidem*, p.953.

<sup>366</sup> Para Polinsky y Shavell, la relevancia se extrae en dos diferentes hipótesis: Una, puesto que los pobres en general menos osados a los riesgos que los ricos, la prevención ideal será adoptada más rápidamente por los más pobres, siendo fijados los daños punitivos en mayor cuantía para los más ricos, aunque entienda que nunca deben ser adoptados si no hubiera peligro que ellos no sean responsabilizados. La otra hipótesis es cuando la utilidad de la conducta ilícita es superior al daño causado. Como el valor del dinero disminuye con el aumento de la riqueza, deben ser adoptados los daños punitivos en valores mayores cuando se trata de conducta perpetrada por una persona más rica. Aquí, reiteran que sólo debe ser fijado cuando la conducta sea socialmente ilícita. POLINSKY, Mitchell A., SHAVELL, Steven, in *Daños Punitivos: An Economic Analysis*, *idem*, *ibidem*, p.913

<sup>367</sup> POLINSKY, Mitchell A., SHAVELL, Steven, in *Punitive Damages: An Economic Analysis*, *idem*, *ibidem*, p. 905

Haslip, 499 U.S. 1, 21(1991); Neal v. Farmers Ins. Exch, 582 P. 2d 980, 990 (Cal. 1978) estableciendo que “diferentes actos pueden ser de distinto grado de reprobación, y cuanto más reproducible sea el acto, mayor será el castigo apropiado, suponiendo que todos los demás factores son iguales” <sup>368</sup>, donde se extrae la valoración del grado de reprehensión de la conducta para fines de cuantificación de los daños punitivos. Argumenta que en el caso Gore se dejó consignado que “este factor es quizás el más importante indicio de razonabilidad de una sentencia de daños punitivos” <sup>369</sup>.

Entendemos que la reprehensión de la conducta solo debe autorizar la fijación de daños punitivos excepcionalmente, en la hipótesis de conductas que hayan causado una utilidad mayor que el eventual daño compensatorio a ser establecido. Y, en estas hipótesis, para cuantificación del daño se hace necesario valorar la utilidad de la acción ilícita, aunque de difícil medición, puesto que el placer de la perpetración de la conducta ilícita induce contenido no económico, similar a lo que ocurre cuando se realiza el análisis del daño moral.

Así, adopto parcialmente la posición expresada por POLINSKY y SHAVELL que la reprehensión debe ser valorada solamente en situaciones excepcionales de placer en la perpetración del acto ilícito, de manera a evitar la supra-disuasión o baja disuasión <sup>370</sup>.

Ciertamente, apuntan con mucha propiedad POLINSKY y SHAVELL que habría posible ocurrencia de baja disuasión, consecuente de la necesidad de comprobarse la reprehensión de la conducta para fines de fijación de los daños punitivos.

Es decir, aunque la parte haya lesionado un grupo grande de personas, sería posible escapar a la responsabilización, por no poderse comprobar la reprehensión de la conducta, (ej: venta de un lote de chocolate con 10 gramos menos, en virtud del problema que afectó la máquina), acabaría por generar una baja disuasión.

No admitir la fijación de daños punitivos en esta hipótesis hace que los incentivos para que la parte adopte el nivel de cautela necesario no sean efectivos, como por ejemplo la revisión periódica de maquinaria, con el gasto del valor necesario, así como deja de evitar el enriquecimiento sin causa justa del causante del daño.

---

<sup>368</sup> Justice O'Connor, en el momento del juicio de TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp fue desfavorable a esta opción. En el mismo sentido del voto de Justice O'Connor, Exxon Shipping Co. v. Baker.

<sup>369</sup> POLINSKY, Mitchell A., SHAVELL, Steven, in *Punitive Damages: An Economic Analysis*, *idem*, *ibidem*, p. 905

<sup>370</sup> POLINSKY, Mitchell A., SHAVELL, Steven, in *Daños Punitivos: An Economic Analysis*, *idem*, *ibidem*, p.906. “Porque la ganancia ilícita del agresor podría ser mayor que el daño sufrido por la víctima, el nivel de daños necesario para la disuasión adecuada podría ser superior al daño”. POLINSKY, Mitchell A., SHAVELL, Steven, in *Daños Punitivos: An Economic Analysis*, *idem*, *ibidem*, p.909

#### 2.7.2.1.6. Dificultad de cuantificación: posibles soluciones

Por lo que se puede observar, la fijación del quantum a título de daños punitivos es un tema para nada pacífico, con reglas legislativas diversas, principalmente en los Estados Unidos, y variando la doctrina y jurisprudencia en los requisitos y límites para la fijación del valor.

Por cierto que la posición de POLINSKY y SHAVELL busca encontrar una solución más exacta para el problema, relacionando el daño punitivo con la posibilidad de la parte ser responsabilizada. En otras palabras, multiplicando el daño compensatorio por la probabilidad recíproca de la parte de escapar a la responsabilización.

Ya vimos la dificultad en identificar la variable referente a la probabilidad de una persona ser responsabilizada, por lo que entendemos que, aunque válida en algunos aspectos, se trata de una regla de poca utilidad práctica. A su vez, pese a que se consiguiera identificar la proporción de personas que dejarían de litigar, habría dificultad en cuantificar el daño compensatorio, siendo muchas veces de difícil comprobación, bien como el posible incumplimiento de aquel que fue condenado a pagar indemnización compensatoria, como apuntan POLINSKY y SHAVELL, lo que acabaría interfiriendo consecuentemente en el cálculo de la indemnización punitiva necesaria para alcanzar la disuasión ideal.<sup>371</sup>

En otras palabras, queda demostrada la dificultad en la fijación de la indemnización punitiva, habiendo esfuerzo por parte de la doctrina, legislación y jurisprudencia en traer nortes indicativos, siendo imposible extraerse una fórmula precisa

Además, por los juicios confrontados obsérvase que no se pretende que los jueces establezcan una fórmula matemática para la fijación de indemnización que consiga desestimar la adopción de la conducta lesiva, siendo notoria la imposibilidad de realizar este tipo de cálculo. Se admite, apenas que debe haber una zona gris de proporcionalidad y razonabilidad para fines de fijación del valor a título de indemnización punitiva.

En ese sentido, en la sentencia del caso *Pacific Mutual Life Insurance co. v. Haslip et al.*, constó en el voto, que “no se puede trazar una línea matemática clara entre lo constitucionalmente aceptable y lo constitucionalmente inaceptable que podría ajustarse en cada caso”.<sup>372</sup>

---

<sup>371</sup> POLINSKY, MITCHELL A., SHAVELL, STEVEN, in *Punitive Damages: An Economic Analysis*, *idem, ibidem*, pp. 895-896.

<sup>372</sup> RESEDÁ, *idem ibidem*, p. 249

Hay aún, quien afirma que es justamente esta indeterminación la que traería la eficacia necesaria de la institución, dado que configuraría una amenaza al infractor.<sup>373</sup>

Argumenta LOURENÇO que “la incapacidad del agente en prever el importe de daños punitivos que le serían impuestos es la única forma de evitar que los agentes económicos, orientados por criterios de racionalidad económica, tengan la facilidad de optar entre cumplir la ley o adoptar conductas ilícitas, pues escogerán esta última hipótesis siempre que prevean que los lucros que la conducta ilícita va producir son superiores al valor de los daños punitivos que serían condenados a pagar al lesionado”.<sup>374</sup>

Considero que en realidad esta no sería la mejor deducción. Por cierto que el establecimiento de baremos acaba por retirar la eficacia de la medida, pues autoriza que los agentes económicos hagan los cálculos, e internalicen los costos de los daños punitivos, posibilitando la reiteración de la conducta lesiva desde el momento en el que aún es más ventajosa económicamente. De hecho, si yo lesiono 300 y el límite máximo a ser pago es apenas 3 veces los daños compensatorios, entendiendo que aproximadamente de estos 300, 10 vano a juicio, aún así es más ventajoso, una vez que sea paga la indemnización referente a 30 lesiones al bien jurídico, y no 300.

Pero no es por la indeterminación pura y simple que reside la eficacia de los daños punitivos, y si por la falta de baremos que los limiten al menor valor que el perjuicio efectivamente causado, y en razón de la posibilidad que los daños perpetrados a una gama de personas sean efectivamente indemnizados, medida que se presenta más palpable con la posibilidad de fijación de daños punitivos, haya visto las barreras económicas y naturales existentes para la satisfacción del derecho lesionado, principalmente cuando se trata de lesión de pequeño monto.

No obstante, es de cuestionarse si en algunas demandas no sería posible realizar el cálculo para fines de internalización de los costos, aunque de manera aproximada, como apuntamos líneas arriba. Anticipo que considero imposible calcular, en la mayoría de las demandas, principalmente en las lesiones perpetradas en frente de los consumidores, donde se logra una gama de personas, el quantum indemnizatório alcanza el 100% del objetivo de evitar la reiteración de la conducta y el enriquecimiento sin causa.

Sin embargo, en episodios puntuales, como, por ejemplo, comprobación de lote que fue producido con defecto o en el que fue producido apenas 90% del producto, y no la cuantía informada en el rótulo, se puede llegar a una cuantía aproximada.

---

<sup>373</sup> LOURENÇO, *idem, ibidem*, p. 1092.

<sup>374</sup> LOURENÇO, Paula Meira, *idem, ibidem*, p. 1092

Otro ejemplo que podríamos formular es la venta de un parque automotor sin llanta de repuesto. El valor de la indemnización punitiva debería ser el costo de las llantas de repuesto, veces o número de carros que fueron vendidos, sin descuidar que estos valores se soman a eventuales indemnizaciones compensatorias, sob pena de no crearse la disuasión necesaria. Habiendo lucro con la conducta ilícita, hay de somarse la indemnización punitiva con la compensatória.

Es decir, en algunos casos, como fue dicho, es posible encontrar un valor por lo menos aproximado que logre el objetivo de prevención e internalización de los costos, tratándose, no obstante, de excepciones a la regla.

Tres grandes obstáculos aparecen a primera vista: primero, detectar el número de productos puestos a la venta con esta falla; segundo, hacer un levantamiento de todas las acciones individuales ya juzgadas o en curso sobre el mismo tema, para evitar el bis in idem. En este particular, le tocaría al culpable traer la información de los autos, una vez que esta parte no tendría dificultad en realizar ese levantamiento; tercero, analizar y aguardar el transcurso del plazo prescripcional para el juicio de nuevas acciones.

En efecto, como apuntamos anteriormente, se podría calcular el valor de la indemnización multiplicando la diferencia del valor cobrado ilegalmente, ante la cuantía faltante, por el número de productos defectuosos puestos a la venta en el mercado, correspondiéndole al culpable respaldar la información relativa de los acuerdos y a eventuales procesos en curso/condenaciones en su contra, de manera que excluya el valor, para evitar la incidencia de bis in idem<sup>375</sup>.

No obstante, todavía quedaría la posibilidad que otras acciones sean juzgadas, posteriormente a la sentencia de esta demanda. En efecto, la simple tentativa de internalización de los costos, con la fijación de la indemnización punitiva tomándose como base la lesión causada y el número de perjudicados por la conducta ilícita del ofensor, como ocurrió en el caso de BMW de Norte América, Inc. v. Gore, citado líneas arriba, en el que se fijaron daños punitivos en 500 veces los daños compensatorios, no es suficiente para fines de fijación de daños punitivos de forma eficiente, puesto que la eventual indemnización fijada punitivamente no impediría que un tercer lesionado se apoyara de un juicio para la protección de su derecho, pudiendo generar de nuevo una indemnización punitiva en cuantía excesiva, una supra-disuasión, lo que abriría campo, después de todo, para que se haga inviable la manutención de la empresa en virtud de los daños punitivos fijados además de lo necesario

---

375

para que se evite la reiteración de la conducta y se internalicen los costos necesarios para la adopción del cuidado ideal en el ejercicio de la actividad económica.

Se presentan tres soluciones: a) condenar la parte en daños compensatorios, suspendiendo la acción con respecto a los daños punitivos, hasta el transcurso final de este plazo; b) destinar la cuantía debida a título de daños punitivos a una cuenta específica, que después del transcurso del plazo prescripcional sería prorrateada entre aquellos que demandaron la acción respectiva; c) determinar la restitución de naturaleza del perjuicio, substituyendo la medida por una tutela específica.

Entre las hipótesis, entendemos que la opción de aplicación de una tutela específica acaba por alcanzar el objetivo perseguido de manera más eficaz, una vez que entregaría el bien de la vida de forma inmediata, sin la necesidad de calcularse la indemnización tal vez debida, que vimos que se trata de *matéria árdua*. La eventual condenación en daños punitivos tendría el don de determinar la cesación de la conducta ilícita y, en ciertos casos identificables, como en la falta de llantas de repuesto en los carros, determinar que la parte que lesionó una gama de personas solucione el daño causado, haciendo un “recall” acerca de los productos defectuosos vendidos en el mercado<sup>376</sup>.

De una manera, pues, se puede afirmar que son la materialización de la compensación de todos los daños, por medio de una acción individual. De modo a traer efectividad al sistema de responsabilidad civil, e internalizar los costes, aplicase la teoría de los daños punitivos y la medida substitutiva.

Sin embargo, más difícil es la solución cuando haya daño y lucro por la conducta, ejemplo, cobranza de tarifa ilegal. Como vimos, en caso de lucro, debe sumarse al daño compensatorio el lucro obtenido, a título de daños punitivos, para attingir el objetivo de disuasión. Aquí cabría el mismo raciocinio de arriba, determinando a título de daños punitivos la internalización de los costes y la reparación de la conducta *in natura*, en una acción individual, de modo a attingir todos los lesionados.

En esas hipótesis cabría además la fijación de una indemnización punitiva pecuniaria igual al lucro obtenido, de modo a alcanzar la disuasión necesaria.

---

<sup>376</sup> Sin embargo, hay que resaltar que cuando la conducta lesiva tenga igualmente generado lucro, hay de procederse a una indemnización más alta, de modo a que se alcance la disuasión necesaria. Como vimos, la conducta lesiva puede generar lucro o no. Cuando no hay lucro, en las lesiones de masa, los daños punitivos visan hacer con que el daño social sea recompuesto. Así, condenase la parte ofensora al rectificación del daño, substituyendo por una tutela específica, de modo que se proceda esa reparación en relación a todos los lesionados. De ese modo atingiese el objetivo del sistema de responsabilidad civil, hay la pérdida de interés en litigar por los demás lesionados, evitase en enriquecimiento sin causa del ofensor (pues en general la mayoría de las personas no van a juicio buscar la tutela de su derecho).

### 2.7.2.2. Baremo

En lo que se refiere al derecho americano, vimos que la cuestión de la fijación de los daños punitivos encuentra en algunas legislaciones la previsión de un baremo de valor máximo a ser aplicado en el caso de condenación, llegando algunas instituciones jurídicas a limitar la condenación en daños punitivos hasta 3x el valor de los daños compensatorios fijados. Otras, limitándolo al máximo y en cuantía específica, que es de, \$5.000.000,00 dólares, o el salario/lucro obtenido en un año, valorándose los últimos cinco años antes de la acción ilícita, como ocurre en Kansas<sup>377</sup>. En Brasil, está la previsión del art. 940 del Código Civil y 42 parágrafo único del CDC, así como en España, en lo que se refiere a las indemnizaciones por daños sufridos en el ambiente de trabajo, aumentándose de 30 a 50% del daño efectivamente causado.

Agrega LOURENÇO que el Estado de Virginia fijó como límite máximo (“absolute dollar cap”<sup>378</sup>) para fines de indemnización punitiva la cuantía de USD 350.000, siendo que en Alabama y Georgia el límite máximo es reducido a USD 250.000, exceptuadas hipótesis puntuales<sup>379</sup>.

Explica por sua vez ROBREDO que os Estados de Colorado, Connecticut, Georgia, Montana, Nevada, Oklahoma, Virginia, Florida, Kansas, Ohio, Alabama y Texas fixaram baremos máximos para fins de imposição de danos punitivos.<sup>380</sup>

Como vimos, hay algunos baremos que relacionan la indemnización punitiva con la compensatoria, como suele ocurrir en Colorado y Oklahoma, cuyo techo para los daños punitivos es el quantum fijado a título de indemnización compensatoria, siendo que en Oklahoma puede puntualmente ser este superado; en Texas, en casos de negligencia el límite es el cuádruplo del establecido a título de compensación, o USD 200.000; en Florida y en Nevada, se limitan los daños punitivos al triplo de los daños compensatorios, siendo que en este último Estado, si estos fueron inferiores a USD 100.000 dólares, aquellos pueden ser fijados hasta USD 300.000.<sup>381</sup>

---

<sup>377</sup> LOURENÇO, Paula Meira, *idem, ibidem*, p. 1085.

<sup>378</sup> LOURENÇO, Paula Meira, *idem, ibidem*, p. 1085.

<sup>379</sup> LOURENÇO, Paula Meira, *idem, ibidem*, p. 1085.

<sup>380</sup> ROBREDO, Goretti Vadillo, in *Daños punitivos en el proceso civil Norteamericano*, Estudios de Deusto, Revista de la Universidad de Deusto, Segunda época, vol. 44/2, Desde su fundación vol. 57, Fasc.97, Julio-Diciembre 1996, Bilbao, p. 202.

<sup>381</sup> LOURENÇO, Paula Meira, *idem, ibidem*, p. 1085.

Según CALANDRILLO, en la sentencia de BMW de Norte América Inc., v. Gore la Suprema Corte estatuyó que los daños punitivos deberían ser fijados hasta 10x los daños compensatorios<sup>382</sup>. El doctrinario hace crítica contundente, afirmando que no hay lógica de este tipo de baremo en la institución, para los fines perseguidos por la institución de daños punitivos<sup>383</sup>.

Como demostramos en líneas anteriores, salvo cuando la ley expresamente establece tratar de baremo máximo, entendemos, como en las hipótesis del art. 42 del CC y 940 del Código Civil, que se trata del baremo mínimo a ser obedecido, no impone límites al juzgador con respecto a la posibilidad de condenación en daños punitivos por encima de estos parámetros, sob pena de debilitar la función social de la responsabilidad civil y, más específicamente, del principio de vedación al enriquecimiento sin justa causa en frente del ofensor y la prevención para no repetir la actitud ofensiva.

En el derecho español, específicamente en lo que se refiere a los accidentes que involucran automóviles, los valores fueron baremados por medio de tablas fijas que incluyen cuanto se pagaría por cada daño causado, excluyendo del juez la discrecionalidad en la fijación del quantum debido a título de indemnización compensatoria. Es decir, si el accidente causó la pérdida de un miembro inferior el valor a ser pago sería X y la pérdida de un miembro superior, Y.

Este tipo de baremo va más allá de los anteriormente analizados. Trae, pues, un obstáculo a la aplicación de la teoría no solo de los daños punitivos, pero viola frontalmente los principios de la responsabilidad civil con respecto a los propios daños compensatorios, que establecen quien causó un daño a un tercero tiene el deber de repararlo.

Colocar un precio fijo al daño causado, sabiendo que el quantum varía de persona a persona, de caso en caso, es de profundizar los principios básicos de la responsabilidad civil, como el de reparación integral del daño. De hecho, es evidente, por ejemplo, que el daño causado a una modelo por una cicatriz no es lo mismo causado a una abogada, sin tener base legal o principio lógico a legitimar tal baremo.

---

<sup>382</sup> Justice Stevens, delivering the opinion of the Court in BMW of North America Inc., v. Gore, stated: "In Haslip we concluded that even though a punitive damages award of 'more than 4 times the amount of compensatory damages,' might be 'close to the line,' it did not 'cross the line into the area of constitutional impropriety.'" Haslip, 499 U. S., at 23-24. TXO, following dicta in Haslip, refined this analysis by confirming that the proper inquiry is "whether there is a reasonable relationship between the punitive damages award and the harm likely to result from the defendant's conduct as well as the harm that actually has occurred." TXO, 509 U. S., at 460 (emphasis in original), quoting Haslip, 499 U. S., at 21. Thus, in upholding the \$10 million award in TXO, we relied on the difference between that figure and the harm to the victim that would have ensued if the tortious plan had succeeded. That difference suggested that the relevant ratio was not more than 10 to 1" Disponível em <https://www.law.cornell.edu/supct/html/94-896.ZO.html>, acesso em 29/06/2016.

<sup>383</sup> CALANDRILLO, Steve P., *idem, ibidem*, p. 33.



Para una mejor comprensión hay que cuestionar si no sería inconstitucional esta regla, por violación frontal al principio del acceso a la justicia, previsto en los arts. 5o, XXXV de la Constitución Federal de la República Federativa de Brasil y en el art. 24 de la Constitución del Reino de España, que se traduce en el derecho de la parte en recibir la prestación jurídica total, con todo lo que tiene derecho en el menor espacio de tiempo posible, por medio de una tutela efectiva y oportuna. No es admisible que la ley infra constitucional vaya a violar el derecho del ciudadano de ver su derecho salvaguardado.

En este sentido, el artículo 24 de la Constitución Española, textualmente: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

Dice el art. 5o, XXXV de CF: Art. 5º Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizando a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, libertad, igualdad, seguridad y propiedad, en los términos siguientes: (...) XXXV - la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial lesión o amenaza al derecho.

Aquel que comete un daño tiene la obligación de pagar por la lesión al derecho cometido en su plenitud, compensando por los daños morales y materiales causados, lo que acaba en convertir el objetivo del sistema de responsabilidad civil, que exalta la compensación, retribución, prevención y vedación al enriquecimiento sin causa de la parte ofensora.

En efecto, entender que este podría pagar un valor menor que el daño causado es desvirtuar todo el sistema, inclusive con respecto a los daños compensatorios, como he dicho. En efecto, si la indemnización fuera menor que la recomposición del daño no existe incluso la prevención mínima a la que estaban sometidos todos, que el causador de un daño vaya a repararlo, en lo mínimo indemnizando la parte por la cantidad equivalente al daño causado.

De todos los modos, según explica ROBREDO, las críticas a estos baremos son firmes por parte de los juristas, alegando, dentro las razones, que reduce el efecto disuasorio. Y, de modo general, la consecuencia fue de que las normas que fijaron límites máximos tuvieron más alegaciones de inconstitucionalidad, con procedencia en las Cortes<sup>384</sup>.

---

<sup>384</sup> ROBREDO, Goretti Vadillo, in *Daños punitivos en el proceso civil Norteamericano*, Estudios de Deusto, Revista de la Universidad de Deusto, Segunda época, vol. 44/2, Desde su fundación vol. 57, Fasc.97, Julio-Diciembre 1996, Bilbao, p. 203.

De hecho, como afirmamos, autorizar un baremo muchas veces imposibilita que la parte internalice todo el daño causado, no creando la prevención ideal. Además autoriza que al actuar dañosamente ponga en la ecuación el valor a pagar a título de daño punitivo, permaneciendo beneficiosa la conducta ilícita o dañosa.

### **2.7.2.3. Fijación del valor por parte de los jurados.**

Otro problema que ocurre es que en el sistema americano la fijación de la cuantía debida a título de daños punitivos es de atribución del júri, sin que tengan el conocimiento necesario de los parámetros y límites para la cantificación, que ya es en sí una tarea ardua.

De hecho, como se ha sostenido con antelación diversas variables deben ser analizadas para la cuantificación, que se muestra tarea casi imposible en su mayoría, haciéndose necesario conocimiento técnico de la materia, lo que se muestra más complicado si autorizase el júri a decidir la cuestión.

Además, hay que resaltar que los parámetros presentados por el juez para el júri en su mayoría no valoran los elementos que son esenciales para la fijación correcta de los daños punitivos. De hecho, como vimos, las Cortes americanas ponen como elemento apto a guiar la cantificación la censura de la conducta, la cuantía fijada a título de daños compensatorios, etc.

La fijación de los daños punitivos por el júri, en ese aspecto, vacía los objetivos que son buscados por la institución, como la disuasión y evitar el enriquecimiento injusto del ofensor.

Hay incluso estudios hechos que demuestran que la falta de previsibilidad en la fijación del quantum y la incapacidad del júri fijar una cuantía de modo eficiente, agregado a la demora procesal afecta negativamente el efecto preventivo que la institución debería traer. Al revés de traer eficiencia a la sociedad, por medio de la mejora de la cautela por parte de los proveedores y productores de servicios y productos, tiene efecto diverso, con el aumento de los precios de los productos para el pago de eventuales indenizaciones fijadas desfavorablemente contra las empresas, según estudio elaborado por el Conferencia Board.<sup>385</sup>

---

<sup>385</sup> ROBREDO, Goretti Vadillo, *in Daños punitivos en el proceso civil Norteamericano*, Estudios de Deusto, Revista de la Universidad de Deusto, Segunda época, vol. 44/2, Desde su fundación vol. 57, Fasc.97, Julio-Diciembre 1996, Bilbao, pp.187-188. Veremos que esa cuestión no tiene mucha relevancia en hipótesis de competencia plena, generando peores consecuencias en mercados oligopolizados o monopolizados.

### 2.7.3. Enriquecimiento sin causa justa de la víctima.

Muchos defienden que los daños punitivos no pueden existir o ser fijados puesto que acaban por proporcionar a la víctima un enriquecimiento injustificado, aumentando su patrimonio en razón de la indemnización punitiva, a diferencia de las hipótesis de indemnizaciones compensatorias. Es decir, eventual aumento patrimonial no encontraría acogida o justificativa en el ordenamiento jurídico.

Al contrario a este argumento, algunos doctrinarios aducen que en verdad lo que ocurriría, en estas hipótesis, sería el aumento patrimonial justificado, en virtud de la actitud proactiva del autor, que fue a juicio a buscar la satisfacción de su derecho y a pugnar por la condenación en daños punitivos, cuando muchos otros lesionados, ante el desestímulo en litigar, sea por fuerza de la baja repercusión financiera, sea en razón del desgaste inherente a un proceso judicial, se quedan inertes.

Así, sería como un premio destinado a aquel que persigue la satisfacción del derecho, lo que finalmente es benéfico para toda la sociedad, una vez que acaba por generar la responsabilidad del autor del acto ilícito, haciendo que el internalice los costos de su actividad que generó un daño en una colectividad de personas.

No obstante, este argumento, entiendo que no es la mejor deducción que se extrae de la norma. Considero que no se configuraría la hipótesis de enriquecimiento sin causa, pero por otro sesgo interpretativo. En efecto, el enriquecimiento sin causa justa deriva de la ausencia de legalidad cuando aparece. Se trata de una hipótesis que no tiene amparo legal, como resulta del daño causado a un tercero que repercutió positivamente en su patrimonio. A título de ejemplo podemos vislumbrar la hipótesis de hurto de un cuadro, que además es presentado en exposición, generando además del enriquecimiento por la apropiación del bien, un aumento patrimonial por la exploración de este por el autor de la conducta ilícita<sup>386</sup>.

En esas hipótesis, la fijación de los daños punitivos no genera un enriquecimiento sin causa en favor de la víctima, una vez que se ha basado en la decisión judicial. Lo que se tiene es un enriquecimiento justificado, por fuerza de la decisión judicial, y de la aplicación de la teoría de los daños punitivos. La causa, a su vez, es justificada por la intervención judicial, de modo a alcanzar los objetivos del sistema de responsabilidad civil, y de la tutela judicial efectiva, no teniendo como comparar esta hipótesis con el ejemplo de arriba del hurto de un cuadro.

---

<sup>386</sup> Aquí igualmente sería posible pensar en hurto de uso, cuando el incremento patrimonial indebido se dió por la utilización del bien en exposición.

La autorización legal y judicial del incremento del patrimonio por fuerza de la decisión judicial, sin carácter compensatorio, no es raro en la doctrina y jurisprudencia. En efecto, en las hipótesis de transacciones penales<sup>387</sup>, por ejemplo, hay la posibilidad de la determinación del abastecimiento de cestas básicas en favor de terceros, sin voces que se levanten a afirmar que se tratarían de hipótesis de enriquecimiento sin causa. La razón es la misma, lo que podría generar el mismo razonamiento, siendo esta distanciada por fuerza de la normatización específica. En ese sentido la jurisprudencia abajo anadida:

RESUMEN: INVESTIGACIÓN. CRIMEN DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. TRANSACCIÓN PENAL. PROPUESTA ACEPTADA POR EL AUTOR DE HECHO. DONACIÓN DE BIENES A ENTIDAD SOCIAL. POSIBILIDAD. HOMOLOGACIÓN. El crimen investigado es de los que admiten la transacción penal y el acusado cumple los demás requisitos legales del beneficio. Aun cuando exista controversia sobre la posibilidad de prestación pecuniaria se hace efectiva mediante la oferta de bienes, la pena alternativa propuesta por el Ministerio Público - donación mensual de canastas básicas de alimentos y resmas de papel braille a la entidad destinada para la asistencia de discapacitados visuales, por un período de seis meses – alcanza la finalidad de la transacción penal y proporciona una solución rápida al litigio, atendiendo mejor los fines del procedimiento criminal. Homologada la transacción penal. Inv 2721 Inv – INVESTIGACIÓN, JOAQUIM BARBOSA, STF, Número de páginas: 8. Análisis 11/11/2009, MMR. Revisión: 20/11/2009, JBM. ..DSC\_PROCEDENCIA\_GEOGRÁFICA: DF - DISTRITO FEDERAL.

Igualmente, la aplicación de multa para litigios de mala fé, es destinada a la parte procesal contraria, conforme dice el art. 81 del CPC brasileño<sup>388</sup>; la multa destinada a la persona citada por requerimiento de citación por edicto indebida, art. 258 del CPC<sup>389</sup>; en el no cumplimiento tempestivo de la sentencia, art. 523, parágrafo 1o del CPC<sup>390</sup>, el art. 526

---

<sup>387</sup> Derecho brasileño, Lei 9099 de 1995, art. 76

<sup>388</sup> CPC brasileño. Art. 81. De oficio el requerimiento, el juez condenará al litigante de mala fe a pagar multa, que deberá ser superior al uno por ciento e inferior al diez por ciento del valor corregida la causa, al indemnizar la parte contraria por los perjuicios que este sufrió y al soportar con los honorarios de los abogados y con todos los gastos que efectuó.

<sup>389</sup> CPC brasileño Art. 258. La parte que requiere la citación por edicto, argumentando dolosamente la ocurrencia de las circunstancias que permitieron su realización, incurrirá en multa de 5 (cinco) veces el salario-mínimo. Parágrafo único. La multa revertirá en beneficio de la persona citada.

<sup>390</sup> CPC brasileño Art. 523. En el caso de condenación en cuantía cierta, o ya fijada en liquidación, y en el caso de decisión sobre cuota incontrovertible, o cumplimiento definitivo de la sentencia se hará a requerimiento del acreedor, siendo ejecutado, intimado para pagar el débito, en el plazo de 15 (quince) días, incluyendo los costes, en el caso que hayan.

§ 1º Sin el pago voluntario en el plazo del enunciado del inicio del artículo, la deuda será incrementada con la multa en diez por ciento y, también, los honorarios del abogado en diez por ciento.

parágrafo 2o, por la insuficiencia de depósito<sup>391</sup>; 702, parágrafo 10o en razón de la proposición indebida de acción monitoria en favor del acusado, y en favor del autor, en la hipótesis de embargos de mala fé por parte del acusado, en su parágrafo 11o<sup>392</sup>; 774, parágrafo único en el caso de conducta que atente contra la dignidad de la justicia por el ejecutado, en favor del acreedor<sup>393</sup> ; por la demora en el pago en caso de venta, art.895, parágrafo 4o<sup>394</sup>; art. 896, parágrafo 2o, cuando el arrepentimiento en la adjudicación de bien de incapaz<sup>395</sup>; en la hipótesis de sugerencia de vicio infundado para incentivar la desistencia del adjudicatario, art. 903, parágrafo 6o; <sup>396</sup> art. 916, parágrafo 5o, II, en la hipótesis del no pago oportuno de cuotas de ejecución divididas<sup>397</sup>; la multa ante la improcedencia o sin conocimiento unánime de la

---

<sup>391</sup> CPC brasileño Art. 526. Es lícito al culpable, antes de ser intimado para el cumplimiento de la sentencia, comparecer en juicio y ofrecer el pago del valor que entiende como adecuado, presentando memória discriminada del cálculo.

(...)

§ 2º Concluyendo el juiz por la insuficiencia del depósito, sobre la diferencia incurrirá la multa de diez por cientoye honorários del abogado, también fijados en diez por ciento, siguiendo la ejecución con el embargo y actos posteriores.

<sup>392</sup> CPC brasileño Art. 702. Independientemente de la previa seguridad del juicio, el acusado podrá oponerse, en los propios autos, en el plazo previsto en el art. 701, embargos a la acción monitoria. (...) 10. El juez condenará el autor de la acción monitoria propuesta indebidamente y de mala fe al pago, en favor del acusado, la multa de hasta diez por ciento sobre el valor de la causa.

§ 11. El juez condenará el acusado que de mala fe oponga embargos a la acción monitoria al pago de multa de hasta diez por ciento sobre el valor atribuido a la causa, en favor del autor.

<sup>393</sup> Art. 774. Se considera perjudicial a la dignidad de la justicia la conducta cometida u omisiva del ejecutado que:(...) Parágrafo único. En los casos previstos en este artículo, el juez fijará multa en el monto no superior al veinte por ciento del valor actualizado de la deuda en ejecución, la cual será revertida en provecho del acreedor, exigible en los propios autos del proceso, sin perjuicio de otras sanciones de naturaleza procesal o material.

394Art. 895. El interesado en adquirir el bien pignorado en prestaciones podrá presentar, por escrito:(...) § 4º En el caso de atraso en el pago de cualquiera de las prestaciones, incidirá multa del diez por ciento sobre la suma de la cuota incumplida con las cuotas vencidas.

<sup>395</sup> Art. 896. Cuando el inmueble del incapaz no alcanza en la subasta por lo menos el ochenta por ciento del valor de la valoración, el juez le confiará al guarda y a la administración del depositario idóneo, prorrogando la enajenación en un plazo no superior a 1 (un) año. (...)§ 2º Si el pretendiente de la subasta se arrepiente, el juez le impondrá una multa del veinte por ciento sobre el valor estimado, en beneficio del incapaz, valiendo la decisión como título ejecutivo.

<sup>396</sup> Art. 903. Cualquiera que sea la modalidad de subasta, asignado el auto por el juez, por el licitador y por el subastador, la subasta será considerada perfecta, acabada e irrevocable, aunque sean juzgados procedentes los embargos del ejecutado o la acción autónoma de que trata o § 4º de este artículo, asegurada la posibilidad de reparación por los perjuicios sufridos.(...)§ 6º Se considera acto perjudicial a la dignidad de la justicia la sugerencia infundada de vicio con el objetivo de enseñar la desistencia del licitador, debiendo el suscitante ser condenado, sin perjuicio de la responsabilidad por pérdidas y daños, al pago de la multa, a ser fijada por el juez y debida al acreedor, en el monto no superior al veinte por ciento del valor actualizado del bien.

<sup>397</sup> Art. 916. En el plazo para embargos, reconociendo el crédito del acreedor y comprobando el depósito del treinta por ciento del valor en ejecución, incrementando los costos y honorarios del abogado, el ejecutado podrá requerir que le sea permitido pagar el restante en hasta 6 (seis) cuotas mensuales, incrementadas por corrección monetaria y los intereses del uno por ciento por mes. § 5º El no pago de cualquiera de las prestaciones acarreará acumuladamente:

I - el vencimiento de las prestaciones subsiguientes y el enjuiciamiento del proceso, con el inmediato reinicio de los actos ejecutivos;

II - la imposición al ejecutado de la multa del diez por ciento sobre el valor de las prestaciones no pagas.

acción rescisoria, art. 968, II do CPC<sup>398</sup>; la multa en razón de la inadmisibilidad o improcedencia unánime del agravio interno, art. 1021, parágrafo 4o do CPC<sup>399</sup>; las multas en el reconocimiento de embargos de declaración meramente dilatorios, art. 1026, parágrafos 2o y 3o<sup>400</sup>, en la misma proporción los de la Ley 4737/65<sup>401</sup>

RESUMEN: AGRAVIO REGIMENTAL EN EL RECURSO ESPECIAL DE AGRAVIO. LITIGIOS DE MALA FE. REVISIÓN DEL CONJUNTO FÁCTICO-PROBATORIO DE LOS AUTOS. SUMARIO N° 7/STJ. MALA-FE DEL DEMANDANTE. SENTENCIA. RECONOCIMIENTO. ARTÍCULO 1.531 DEL CÓDIGO CIVIL DE 1916 (ARTÍCULO 940 DEL CÓDIGO CIVIL/2002). SANCIÓN. APLICACIÓN. 1. La revisión de la sentencia, en relación a la aplicación de la multa por litigio de mala fe, demandaría la incursión necesaria en los elementos fácticos constantes de los autos, hipótesis vedada en el contenido del Sumario n° 7/STJ. 2. La jurisprudencia de esta Corte entiende que es posible la incidencia del art. 1.531 del CC/16, 940 del Código Civil de 2002, para la litigación de mala fe, aplicando, por analogía, la regla definida en el art. 18 del CPC/1973 que impone que el juez, de oficio o requerimiento de la parte, condene el litigante de mala fe. Así, de la misma manera, la aplicación de la penalidad del art. 1.531 del CC/16 debe ser considerada un deber para ser ejercido por del juez, inclusive de oficio, cuando fuese constatado el presupuesto legal de la cobranza indebida. Precedentes. 3. Agravios regimentales no provistos. ..EMEN: AGARESP 201400614008

---

<sup>398</sup> Art. 968. La petición inicial será preparada de acuerdo con los requisitos esenciales del art. 319, debiendo el autor:(...)

II - depositar la cuantía del cinco por ciento sobre el valor de la causa, que se convertirá en multa en caso que la acción sea, por unanimidad de votos, declarada inadmisibile o improcedente.

<sup>399</sup> Art. 1.021. Contra la decisión de la ponente presentará agravio interno para el respectivo órgano colegiado, observadas, cuanto al procesamiento, las reglas de regimiento interno del tribunal.

(...)§ 4° Cuando el agravio interno fuera declarado manifiestamente inadmisibile o improcedente en votación unánime, el órgano colegiado, en decisión fundamentada, condenará el agravante a pagar al agraviada multa fijada entre un cinco por ciento del valor actualizado de la causa.

<sup>400</sup> Art. 1.026. Los embargos de declaración no poseen efecto suspensivo e interrumpen el plazo para la interposición de recurso. (...)§ 2° Cuando manifiesta prórrogas los embargos de declaración, el juez o el tribunal, en decisión fundamentada, condenará el embargante a pagar al embargada multa no superior al dos por ciento sobre el valor actualizado de la causa.

§ 3° En la reiteración de embargos de declaración manifiesta prórrogas, la multa será elevada hasta diez por ciento sobre el valor actualizado de la causa, y la interposición de cualquier recurso quedará condicionada al depósito previo del valor de la multa, a excepción de la Hacienda Pública y del beneficiario de gratuidad de la justicia, que la recogen al final.

<sup>401</sup> “Art. 275. Son admisibles embargos de declaración en las hipótesis previstas en el Código de Proceso Civil.(...)”

§ 6° Cuando declara prórrogas los embargos de declaración, el juez o el tribunal, en decisión fundamentada, condenará el embargante a pagar al embargada multa no superior a 2 (dos) salarios-mínimos.

§ 7° Na reiteración de embargos de declaración manifiestamente protelatórios, a multa será elevada a até 10 (dez) salarios-mínimos.

AGARESP - AGRAVIO REGIMENTAL EN EL RECURSO ESPECIAL DE AGRAVIO – 490526, RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, DJE FECHA:27/06/2016 ..DTPB:, TERCER GRUPO.

En ese mismo sentido, la aplicación de astreintes, multa por el incumplimiento de una determinación judicial, prevista en el ordenamiento jurídico brasileño en los arts. 500,<sup>402</sup> 536, parágrafo 1o y 537 y parágrafos 1o y 2o<sup>403</sup>, art.806, parágrafo 1o,<sup>404</sup>; art. 814,<sup>405</sup> si no llega a ser considerada daño punitivo, es otra herramienta que apunta en el sentido de la legalidad de la indemnización, sin dar lugar a cualquier alegación doctrinaria o jurisprudencial de la cual trata la hipótesis de enriquecimiento sin causa<sup>406</sup>.

<sup>402</sup> CPC brasileño Art. 500. La indemnización por pérdidas y daños se dará sin perjuicio de la multa fijada periódicamente para imponerle al acusado el cumplimiento específico de la obligación.

<sup>403</sup> CPC brasileño art. Art. 536. En cumplimiento de la sentencia que reconoce la exigibilidad de la obligación de hacer o de no hacer, el juez podrá, de oficio o a requerimiento, para la realización de la tutela específica o la obtención de tutela por el resultado práctico equivalente, determinar las medidas necesarias a satisfacción del acreedor. § 1º Para atender lo dispuesto en el enunciado, el juez podrá determinar, entre otras medidas, la imposición de multa, la búsqueda y aprehensión, la remoción de personas y cosas, el desmantelamiento de obras y el impedimento de actividad nociva, pudiendo, caso necesario, exigir el apoyo de la fuerza policial. Art. 537. La multa es independiente del requerimiento de la parte y podrá ser aplicada en la fase de conocimiento, en tutela provisoria o en la sentencia, o en la fase de ejecución, desde que sea suficiente y compatible con la obligación y que se determine el plazo razonable para el cumplimiento del precepto. § 1º El juez podrá, de oficio o a requerimiento, modificar el valor o la periodicidad de la multa vencida o excluida, caso verifique que: (...) § 2º El valor de la multa será debido al acreedor.

<sup>404</sup> Art. 806. El deudor de la obligación de entrega de cosa cierta, constante de título ejecutivo extrajudicial, será citado para, en 15 (quince) días, cumplir la obligación.

§ 1º La expedición inicial, el juez podrá fijar multa por día de atraso en el cumplimiento de la obligación, quedando el respectivo valor sujeto a alteración, caso se revele insuficiente o excesivo.

<sup>405</sup> Art. 814. En la ejecución de la obligación de hacer o de no hacer fundada en título extrajudicial, la expedición inicial, el juez fijará multa por período de atraso en el cumplimiento de la obligación y fecha a partir de la cual se adeudará.

<sup>406</sup> PROCESAL CIVIL. SEGURIDAD SOCIAL. REVISIÓN NECESARIA. INAPLICABLE. IMPOSICIÓN DE MULTA DIÁRIA. PAGO DE SALDO DE CRÉDITOS ATRASADOS. CRITÉRIOS DE CORRECCIÓN MONETARIA E INTERESE DE MORA. AGRAVIO SIN PROVISIÓN. 1. La decisión agravada está en consonancia con lo dispuesto en el art. 557 del CPC, visto con base en la jurisprudencia consolidada. 2. En cuyo caso es inaplicable la disposición sobre la revisión necesaria, considerando el valor del beneficio y el lapso temporal de su implantación, sin exceder a 60 (sesenta) salarios mínimos (art. 475, § 2º, CPC). 3. En cuanto a la fijación de astreintes, cabe resaltar que la imposición de multa por incumplimiento de orden judicial encuentra respaldo en el art. 461, § 4º del CPC y posee carácter inhibitorio, en el sentido de coaccionar al acusado para el cumplimiento de la obligación. Por otro lado, el valor de la multa diaria fijada en R\$ 50,00 (cincuenta reales) no se revela excesivo, de conformidad con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, de acuerdo al entendimiento de esta E. Corte. 4. En cuanto a los intereses y corrección monetaria, nótese que sus incidencias son de trato sucesivo y, observado los términos del art. 293 y del art. 462 del CPC, deben ser considerados en juicio de hecho. De esta manera, se corrigen las cuotas vencidas en el Manual de Orientación de Procedimientos para los Cálculos en la Justicia Federal, y de acuerdo con el Sumario nº 148 del E. STJ y nº 08 de esta Corte, observándose la cantidad decidida por la C. STF en el momento del juicio de la cuestión de orden en las ADIs 4357 y 4425. 5. En cuanto a los intereses moratorios, inciden la tasa del 1% (uno por ciento) al mes, en los términos del art. 406 del Código Civil, y artículo 161, parágrafo 1º, del Código Tributario Nacional; y, a partir de 30/06/2009, incidirán una única vez y por el mismo porcentual aplicado a los ahorros (0,5%), como lo preconizado en la Ley 11.960/2009, art. 5º. 6. Las razones de apelación no contraponen tales fundamentos a punto de demostrar el desacierto de decusum. 7. Agravio legal sin provisión. APELREEX 00175683920074039999

APELREEX - APELACIÓN/REVISIÓN NECESARIA - 1192864 DESEMBARGADOR FEDERAL TORU YAMAMOTO, e-DJF3 Judicial 1 FECHA:22/03/2016 ..FUENTE\_REPRODUCCIÓN:, TRF3, Grupo Séptimo.

AGRAVIO. JUBILACIÓN POR INVALIDEZ. MULTA. AGRAVIO SIN PROVISIÓN. 1. La decisión ahora agravada debe ser mantenida, por sus propios y jurídicos fundamentos, de acuerdo con el contenido expuesto en el art. 557, del CPC, inexistiendo cualquier ilegalidad o abuso de poder. 2. Con relación a la fijación de astreintes, cabe resaltar que la imposición de multa por incumplimiento de orden judicial encuentra respaldo en el art. 461, § 4º del CPC y posee carácter inhibitorio, con el fin de coaccionar al acusado para el cumplimiento de la obligación. Asimismo, fueron fijados plazos y valores razonables, sin derecho a prosperar, por tanto, las alegaciones del INSS. 3. Agravio sin provisión. AC 00173214820134039999 AC - APELACIÓN CIVIL – 1864526, JUEZ CONVOCADO DOUGLAS GONZALES, e-DJF3 Judicial 1 FECHA:16/10/2013 ..FUENTE\_REPRODUCCIÓN:, TRF3, GRUPO SÉPTIMO.

Hablo ante la posibilidad de no considerarse la hipótesis de daño punitivo, dado que hay quién afirme que las astreintes en realidad serían una de las especies de daños punitivos en el ordenamiento jurídico, de modo a traer la eficacia de las decisiones judiciales, pretendiendo que la parte adopte las medidas necesarias para hacer valer (que no deja de ser una hipótesis de protección), el derecho subjetivo violado por ella, y reconocido judicialmente.

Se resalta, además, que el propio sistema jurídico ya autoriza de forma explícita la previsión de daños punitivos, medidas aceptadas por la doctrina y jurisprudencialmente. Diferente no puede ser la aplicación de la institución autónomamente, puesto que también viene escudado en la ley y en la constitución, siendo una de las herramientas para la protección de los derechos subjetivos, por medio del incentivo a la adopción de la cautela debida.

De hecho, en esas hipótesis autónomas de aplicación de los daños punitivos, la autorización se extrae de la interpretación adecuada del ordenamiento jurídico, por medio del análisis de las funciones de la responsabilidad civil y de la necesidad de lograr la disuasión necesaria en frente del causante del daño, evitando, muchas veces, el enriquecimiento injustificado de este a costa de los lesionados.

En otras palabras, la aplicación de los daños punitivos, al contrario de ser criticada por el eventual enriquecimiento sin causa de la víctima, en verdad persigue la aplicación de este principio, al vedar, finalmente, el enriquecimiento injustificado del ofensor, que lesionando el derecho de un grupo de personas, ve su patrimonio aumentado, sin causa justa.

No obstante, es de notar que muchos argumentan en contra de la aplicación de la teoría de los daños punitivos, ante la defensa de enriquecimiento sin causa de la víctima, lo



que deja apartado con la substitución de eventual indemnización punitiva por una medida específica, como veremos adelante.

#### **2.7.4. Reducida prevención: concedidos muy raramente, previsibles y insignificantes.**

Según CORDECH<sup>407</sup>, los daños punitivos son concedidos raramente. Esclarece SHARKEY, que apenas 3 a 5% de las causas civiles envolviendo daños punitivos van a juicio, siendo que apenas en 5% de los casos en que ganan son concedidos daños punitivos.

<sup>408</sup>

Esclarece EATON et al que “... for every 1,000 tort claims filed, typically only 50 are resolved by trial, only 25 produce trial outcomes favorable to the plaintiff, and only 1.25 have a punitive damages award”.<sup>409</sup>

Para POLINSKY y SHAVELL, solamente son concedidos en 6% de las causas juzgadas en favor del autor de la acción.<sup>410</sup>

La investigación hecha por EISENBERG llegó a la siguiente conclusión: “For all case categories combined, punitive damages were awarded in 177, about 6 percent, of the jury trials at which plaintiffs prevailed. Since plaintiffs prevailed about half the time, punitive damages were awarded in about 3 percent of the jury trials.”<sup>411</sup>

Por su vez, explican WOLFE y VIDMAR que The Civil Justice Survey of State Courts, que coleta datos de los assessores de 46 Cortes Estaduales con competência general entre los períodos 1991-1992, 1996 y 2001, y que están relacionados con los 75 mais populosos condados de los Estados Unidos, se observó que los daños punitivos eran

---

<sup>407</sup> Idem, ibidem, p. 144.

<sup>408</sup> El número de casos que van a juicio es muy pequeño, del orden del 3-5 por ciento de los casos civiles presentados en la corte estatal (Galanter, 2004: 509 tbl. 5). De los casos enjuiciados, los daños punitivos son adjudicados en una pequeña minoría, menos del 5 por ciento de los casos en los tribunales estatales) Del Rossi & Viscusi, 2010: 138 n. 36; Eisenberg & Heise, 2011:6; Hersch & Viscusi, 2004:24 tbl. 2).

EATON, MUSTARD Y TALARICO esclarecen que “Fewer than 5 percent of civil cases filed result in trials (Eaton, Talarico, and Dunn 2000; Smith et al. 1995), plaintiffs prevail in approximately half of the tort cases that go to trial (DeFrances and Litras 1999; Eaton, Talarico, and Dunn 2000; Moller 1996),<sup>2</sup> and punitive damages are awarded in only 2–5 percent of the tort cases in which the plaintiff prevails (DeFrances and Litras 1999; Luban 1998)”. Eaton, Thomas A; Mustard, David B., Talarico, Susette M. in *The effects os Seeeking Punitive Damages on the Processing of Torts Claims*, The Journal of Legal Studies, Vol. 34, No. 2 (June 2005), pp. 343-369, p.344

<sup>409</sup> Eaton, Thomas A; Mustard, David B., Talarico, Susette M. in *The effects os Seeeking Punitive Damages on the Processing of Torts Claims*, The Journal of Legal Studies, Vol. 34, No. 2 (June 2005), pp. 343-369, p.344

<sup>410</sup> POLINSKY, Mitchell A., SHAVELL, Steven, in *Daños Punitivos*, idem, ibidem, p. 1

<sup>411</sup> EISENBERG, Theodore, GOERDT, John, OSTROM, Brian, ROTTMAN, David and WELLS, Martin T, in *The Predictability of Punitive Damages*, The Journal of Legal Studies, Vol. 26, No. S2 (June 1997), pp. 623-661. p. 633.

solamente concedidos en menos de 1% de las acciones civiles empezadas en los períodos, y que en 2001 los daños punitivos fueron concedidos en apenas 5.7% en casos de contratos y responsabilidad civil, cuando hubo victoria en la corte. Por último, informan que The Bureau of Justice Statistics cogeu informaciones de condados representativos en 2005, y de 14.000 juzgados civiles, se buscó daños punitivos en apenas 13% con la concesión de daños punitivos en apenas 5% de las hipótesis.<sup>412</sup>

Con relación específicamente a los daños punitivos por responsabilidad del producto, apuntan los doctrinarios que en estudio elaborado por COHEN en los 75 condados más grandes de Estados Unidos, solamente fueron concedidos 3 veces en un total de 70 casos en que hubo decisión favorable por la responsabilidad del producto.<sup>413</sup>

Esclarece RUSTAD que investigación promovida por GAO: Government Accounting Office en los Estados Unidos entre los años 1983-1985 en Arizona, Massachusetts, Missouri; North Dakota and South Carolina indicó que los daños punitivos eran difícilmente concedidos y submetidos a reducción de valores o tenían las decisiones reformadas por las Cortes Superiores. En lo mismo sentido los estudios hechos por Landes & Posner entre los años 1982-1984 y Koenig y Rustad entre los años 1965-1990, cuando indicaron la poca intensidad en condena en daños punitivos. El Justice Department NCSC y la Universidad de Cornell realizaron investigaciones entre julio de 1991 a junio de 1992, y concluyeron que apenas eran concedidos daños punitivos en 6% de los casos en que la parte autora ganó la demanda.<sup>414</sup>

Para SEBOK, el problema es tanto de la baja frecuencia con que son concedidos, como por ser concedido en cuantías modestas si son comparados con los daños compensatorios, así como en razón de su previsibilidad.<sup>415</sup>

Y con relación a ese tema apunta EISENBERG la existencia de previsibilidad y relación directa entre los daños punitivos y compensatorios. Utilizando los datos del Rand Institute of Civil Justice relacionado con Cook County y California entre los años 1960-1984, así como del CTCN de 1991 hasta 1992 llegó a la conclusión de que los daños punitivos

---

<sup>412</sup> VIDMAR, Neil, WOLFE, Matthew W, in *Punitive Damages*, Ann. Rev. Law Soc. Sci. 2009, 5 p.179-99

<sup>413</sup> VIDMAR, Neil, WOLFE, Matthew W, in *Punitive Damages*, Ann. Rev. Law Soc. Sci. 2009, 5 p. 189

<sup>414</sup> RUSTAD, Michael, in *The Incidence, Scope and Purpose of Punitive Damages Unraveling Punitive Damages: Current Data and Further Inquiry*, Wisconsin Law Review, Volume 1998, Number 1, p. 19

<sup>415</sup> En efecto, el objetivo de los daños punitivos es de justamente evitar la reiteración de la conducta ilícita y dañosa, por medio de la internalización de los costos. Es decir, si el posible ofensor ya sabe de antemano que si actúa de manera X, tendrá una respuesta Y, puede cuantificar el daño y seguir perpetrando conductas contrarias al derecho de los consumidores.

representan 8.117 X los daños compensatorios elevados a .782<sup>416</sup>, aplicando aquí más específicamente los datos del CTCN, sin análisis del spread y cuando las indemnizaciones son cambiadas a algoritmos<sup>417</sup>.

Sin embargo, hay que señalar la opinión de POLINSKY sobre esa investigación, que trae una nueva visión sobre ese tema de la relación entre daños punitivos y compensatorios, estableciendo que con los datos analizados no se puede afirmar sobre la previsibilidad, racionalidad y insignificancia de los daños punitivos.

Primero, pues entiende que no son insignificantes: excluyendo las hipótesis en que hay una gran certeza de la procedencia de la acción y del monto más grande a título de daños punitivos, generan ese en regla un incentivo a una composición civil, que no los lleva a la Corte. Por lo tanto, la tendencia es que acuerden, y por eso es tan bajo el percentil de decisiones defiriéndolos. Es decir, con una chance más grande de concesión de daños punitivos, más chances de acuerdo: a) sea en razón de evitar los costes del litigio, que aumentan con el aumento del valor del proceso; b) sea para reducir el riesgo de pagar una indemnización muy alta; c) sea porque los daños punitivos son tasados y los compensatorios no, lo que puede llevar al acuerdo; d) sea en razón de que hay Estados con previsión de que parte de los punitivos van a este, lo que llevaría un acuerdo para que no lo remetiera al Estado. Esclarece que eso solamente pasaría si no tuviera la parte el incentivo de litigar en razón de la cuantía y seguridad de que vencería la acción, más grande que esas otras variables.

418

Concluye, al final, que podrían estar causando una disuasión más grande que aparenta por medio de un análisis superficial.

El otro punto que analiza POLINSKY es con relación a la previsibilidad. Alerta que aunque sea previsible el grado de su aplicación, no se puede prever en cuales casos serán concedidos, lo que genera una incertidumbre y puede cambiar los incentivos para una mejor o peor disuasión.<sup>419</sup>

---

<sup>416</sup> EISENBERG, Theodore, GOERDT, John, OSTROM, Brian, ROTTMAN, David and WELLS, Martin T, *in* The Predictability of Punitive Damages, The Journal of Legal Studies, Vol. 26, No. S2 (June 1997), pp. 623-661. p. 651-652

<sup>417</sup> EISENBERG, Theodore, GOERDT, John, OSTROM, Brian, ROTTMAN, David and WELLS, Martin T, *in* The Predictability of Punitive Damages, The Journal of Legal Studies, Vol. 26, No. S2 (June 1997), pp. 623-661. p. 652.

<sup>418</sup> Polinsky, Mitchell A., *in* Are Punitive Damages Really Insignificant, Predictable, and Rational? A Comment on Eisenberg et al., The Journal of Legal Studies, Vol. 26, No. S2 (June 1997), pp. 663-677, pp. 664-671.

<sup>419</sup> Polinsky, Mitchell A., *in* Are Punitive Damages Really Insignificant, Predictable, and Rational? A Comment on Eisenberg et al., The Journal of Legal Studies, Vol. 26, No. S2 (June 1997), pp. 663-677, pp.671-674.

No obstante, las críticas sostenidas por POLINSKY, lo que se observa es una incidencia pequeña de los daños punitivos, que agregados con los límites legales y jurisprudenciales pueden no estar generando o alcanzando los objetivos que busca.

De hecho, intenta alejar la pequeña incidencia con base en posibles efectos en composiciones extrajudiciales, el *shadow effect*. Aunque, esas deben valorar igualmente las reglas y límites legales y jurisprudenciales que sirven como parámetro. Por su vez, con relación a la previsibilidad igualmente, aunque no se pueda identificar en cuales casos inceden los daños, acaba por valorar cuando de la condena esos límites.

Es decir: lo que pasa es que salvo en hipótesis de una altísima incidencia de composiciones, y que esas no se atengan a esos límites, la tendencia es una disuasión menor que el ideal.

De ese modo, lo que se concluye es que sin la aplicación correcta de la institución de los daños punitivos es notoria la ventaja en no adoptarse el nivel de cuidado necesario, de forma a evitar el daño, dado que ni todos los lesionados piden su protección jurídica en juicio. O sea: si no se fijan los daños en la inversa probabilidad de la persona ser responsabilizada, sigue siendo ventajoso económicamente continuar la perpetración de la conducta ilícita, pues al final apenas una porción ínfima de las violaciones, en un mundo de relaciones de masa, serían indemnizadas, revirtiendo el producto de la conducta/omisión dañosa al causante del daño.

Es decir: la verdad es que haciendo las cuentas es posible que sigue siendo ventaja pagar los daños punitivos, pues lo que economiza con la cautela que debería tomar, más el daño, es menor que si gastara con más prevención.

Lo mismo se dice cuando su lucro es mayor que el eventual perjuicio a ser cubierto por la indemnización compensatoria. Hay un estímulo a la conducta dolosa.

Repito: partiendo de este análisis de daños compensatorios y colocando en la ecuación daños punitivos calculados en bases fijas, como por ejemplo un porcentaje debido a los daños compensatorios, y siendo conocida también la baja periodicidad con que son concedidos, recaímos igualmente en el mismo problema, aunque la ecuación de lucro, la planilla final, se haya tornado un poco más onerosa para el causante del daño, dando un producto final menos ventajoso, pues internaliza una parte de los costos por medio del pago de daños punitivos baremados.

La poca intensidad con que son concedidos puede generar una baja disuasión, desde que se conjugue su análisis con otros factores, como la existencia de baremo en la fijación de los daños. En efecto, si fueran raramente concedidos, pero en las hipótesis

puntuales en que fuese postulado satisfacer su objetivo preventivo, no se hablaría de baja disuasión.

Así, la posición jurisprudencial en vista de la legislación es favorable para el causante del daño, y desfavorece la vedación al enriquecimiento sin justa causa del ofensor y la prevención de la reiteración de conducta ilícita, dado que es posible colocar en la ecuación con cierta previsibilidad el quantum que sería fijado a título de daños punitivos, basándose tanto en la periodicidad cómo en los baremos legales y jurisprudenciales, lo que lleva a la posible obtención de ventaja por parte del violador de los derechos subjetivos, por la inobservancia de la ley y del deber de cuidado necesario a fin de evitar el acto dañoso.

En ese sentido, la limitación del valor de la condenación tiene doble sesgo que acaba por estimular la reiteración de la conducta dolosa, y no al revés. Con respecto a la parte que tuvo su derecho violado, estos baremos traen un desestimulo al proceso, especialmente cuando la violación del bien jurídico alcanzó el derecho subjetivo de pequeña cuantía. A su vez, igualmente estimula al causante del daño, pues sabiendo de la baja repercusión financiera que la lesión en masa está generando, en eventual acción propuesta en vista de la empresa, la reiterará, de manera a obtener los lucros indebidos, como en los ejemplos que colocamos de la dificultad de cerrar una cuenta telefónica, una contractación de televisión por cable o vía satélite, la inclusión indebida de tarifas bancárias, venta de productos con cantidad menor etc.

A diferencia de la hipótesis en que solamente se prevén los daños compensatorios, en estos casos pasará a colocar en la ecuación aquellos que posiblemente han proporcionado su demanda, y tengan juzgada favorable su pretensión, cuales sean, 5% de los 3 a 5% que tendrán la demanda decidida, mejorando en 3 a 9 veces el valor del daño compensatorio sufrido para fines de fijación de los daños punitivos<sup>420</sup>. Al final, continúa ventajosa la lesión perpetrada a los consumidores.

Sin embargo de eso, hay incluso movimientos que buscan limitar legalmente la posibilidad de concesión de los daños punitivos. Es lo que explica ESIENBERG, aduciendo que “ Academics regularly echo the theme that “punitive damages are out of control.” “Congress, the Supreme Court, and state legislatures have been active in the field”.<sup>421</sup>

---

<sup>420</sup> Como vimos, en los Estados Unidos hay baremos legales en algunos Estados, limitando la fijación de la indemnización punitiva a 3 veces los daños compensatorios, bien como existe el entendimiento jurisprudencial de la Suprema Corte limitando a 9 o 10 veces el daño compensatorio (BMW of North Am. v. Gore and State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell).

<sup>421</sup> EISENBERG, Theodore, GOERDT, John, OSTROM, Brian, ROTTMAN, David and WELLS, Martin T, *in* The Predictability of Punitive Damages, The Journal of Legal Studies, Vol. 26, No. S2 (June 1997), pp. 623-661. p. 624.

Lo que se concluye es que finalmente están quedando sin protección los derechos de los consumidores, sin que la responsabilidad civil alcance el objetivo preventivo que es su propósito.

De ese modo, como veremos, nuestra propuesta viene con una ventaja, una vez que busca internalizar todos los costes de la conducta dañosa, determinando por medio de una tutela específica que se corrija el daño causado a todos los lesionados. Así, aunque permanezca la poca intensidad de causas decididas con la fijación de los daños, en esos procesos sería atingida la disuasión necesaria, una vez que englobaría todo el daño causado, pasando a ser más ventajoso adoptar el nivel de cuidado ideal, sin baremos legales o límites jurisprudenciales.

Es decir: aunque sea fijado en poca intensidad, en esos casos no habrían los baremos legales y jurisprudenciales que limitarían su eficacia, englobando todos los lesionados, haciendo con que el ofensor pague por todo el daño causado.

Con relación a eventuales composiciones extrajudiciales, esa medida igualmente podría ser aplicada, y incluso valorada cuando de la fijación de la indemnización, de modo a que abrangiera lo más grande número de casos posibles.

Es cierto que la tendencia no sería una composición fijando la tutela específica, en esos términos, pero no deja de servir como norte positivo para el cálculo de la indemnización, ayudando en la búsqueda por una disuasión ideal, una vez que la cantificación tendría por parametro las lesiones efectivas ocurridas.

#### **2.7.5. Revisión de los valores por los Tribunales.**

Como vimos en líneas anteriores, y aquí repetimos, pocas son las decisiones que conceden la indemnización punitiva, lo que generalmente lleva a la una underterrence, no atingiendo la institución el objetivo a que se propone. De otro lado, aunque si concedieran pocas indemnizaciones, si fijadas de modo a internalizar los costes, podría ser que los daños punitivos alcanzaran su proposito.

Sin embargo, lo que vemos es que además de fijados con raridad, las indemnizaciones son revisadas por las Cortes Superiores, generalmente para reducir su montante.

De hecho, muchas decisiones son rectificadas por los Tribunales Superiores, incluso la Corte Suprema americana, lo que puede generar una baja disuasión, no generando los incentivos ideales por lo que son fijados los daños punitivos.

De ese modo, como ya señalado, traemos como ejemplo el caso *Grimshaw v. Ford Motor co.*(1981) en que se tenía constatada la posibilidad de explosión de los tanques de combustible por su ubicación en el vehículo, donde la Ford no procedió a la rectificación del modelo, lo que generó lesiones corporales y muerte, con indemnización punitiva fijada en US\$125.000.000,00, reducida posteriormente a US\$ 3.500.000,00<sup>422 423</sup>.

Otro ejemplo es el caso *BMW de Norte América Inc. v. Ira Gore*, de (1996), donde hubo la reducción de la indemnización de US\$4.000.000,00 por el Tribunal Supremo de Alabama a la mitad, con nueva reducción por la Suprema Corte.

Igualmente el caso *Stella Liebeck v. Mc Donald's Corporation* (1994), donde por el modo de presentación y temperatura del café, que al final se cayó en el consumidor, causando quemaduras de segundo y tercer grado, se fijó daños punitivos en US\$ 2.700.000,00, con la su reducción para US\$ 480.000,00 (3X los compensatorios), finalizando en US\$ 640.000,00 .<sup>424 425</sup>

Otros ejemplos señalados por WOLFE y VIDIMAR establecen cómo las cantias fijadas por los jurados son repetidamente reducidas por los jueces, ejerciendo “remittitur or reverse large verdicts”<sup>426</sup>. Citan los doctrinarios que “A U.S. General Accounting Office study(1989) of product liability cases rendered between 1983 and 1985 in five states found post-trial reductions in 82% of punitive damages verdicts. A RAND study of awards in Cook Conuty, IL, San Francisco, CA(...) concluded that for awards amounting to \$1 million or more, reductions amounted to almost 40%(...) Viscusi(...) reached a similar conclusion about product libility cases, finding that only 29% of the punitive award was paid”.<sup>427</sup>

El RAND Institute of Civil Justice(RAND) “surveyed all lawyers of record in 129 trials in which punitive damages were awarded between 1979 and 1983 in Cook County, Illinois and San Francisco County, California”<sup>428</sup> y concluyó que um de cada dos fallos fueron

---

<sup>422</sup> RESEDÁ, idem, ibidem, p. 245-246.

<sup>423</sup> Disponivel em <http://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/119/757.html>

<sup>424</sup>

<sup>425</sup> RESEDÁ, idem, ibidem, p. 246-247.

<sup>426</sup> VIDMAR, Neil, WOLFE, Matthew W, in *Punitive Damages*, Ann. Rev. Law Soc. Sci. 2009. 5 p.193.

<sup>427</sup> Viscusi, WK. 1991. *Reforming Products Liability*. Cambridge, MA: Harvard Univ. Press; U.S. Gen. Account. Off. 1989. *Product Liability: verdicts and case resolution in five states*. Rep. Chairman, Subcomm. Commer., Consum. Prot. Compet., Comm. Energy Commer., House Represent. GAO/HRD-89-99:42; apud VIDMAR, Neil, WOLFE, Matthew W, in *Punitive Damages*, Ann. Rev. Law Soc. Sci. 2009. 5 p.190.

<sup>428</sup> KOENIG, Thomas, in *The shadow effect of punitive damages on settlements*, 1998 Wis. L. Rev. 169 1998, p.203.

revertidos o reducidos en recursos o acuerdos, dentre otros medio, y que cuando más grande el valor de la indemnización, más chances habían de alteración de la condena. Concluyó que en las condenas superiores a \$50,000 en nueve de cada diez casos los valores eran reducidos.

Según el relatório, “ Less than a quarter of the defendants with a punitive award of less than \$10,000 had that award reduced (six of 26); nearly half of those with punitive awards between \$10,000 and \$50,000 achieved a reduction (11 of 24); and over 80 percent of those with even larger punitive awards ultimately paid less (15 of 18)”<sup>429</sup>.

En el estudio realizado por U.S: Government Accounting Office(GAO) analizando cinco estados entre los años de 1983 hasta 1985 observó que de las 23 condenas en daños punitivos, 12 fueron revertidos y ni uno sólo fallo concediendo daños punitivos quedó sin alteraciones.<sup>430</sup>

KOENIG trae igualmente datos de la investigación hecha por William Landes y Richard Posner que analizó todas las apelaciones de casos relacionados con responsabilidad del producto en los años 1982 hasta 1984 y llegó a la conclusión que seis de cada diez casos fueron cambiados en apelación.<sup>431</sup>

Las investigaciones realizadas por KOENIG y RUSTAD, por su vez, indicaron que 25% de las condenas fueron revogadas o reducidas por las Cortes de apelación, y que desde los años 1960 uno en cada dos fueron revertidos o reducidos, indicando aún que las condenas en cantias más altas eran las que más sufrían cambios<sup>432</sup>.

The Washington Legal Foundation Study re realizó invetigaciones sobre las condenas en daños punitivos en el año 1983 y concluyó que un poco más de la mitad de las condenas en daños punitivos en cortes estatales y federales fueron revertidas o reducidas en apelación.<sup>433</sup>

Es decir: no hay como afirmar que las reducciones representen una mala aplicación de la teoría de los daños punitivos, si su fundamento objetiva internalizar los costes de la conducta y atingir la disuasión necesaria. Sin embargo, lo que se observa es un

---

<sup>429</sup> KOENIG, Thomas, in *The shadow effect of punitive damages on settlements*, 1998 Wis. L. Rev. 169 1998, p.205.

<sup>430</sup> KOENIG, Thomas, in *The shadow effect of punitive damages on settlements*, 1998 Wis. L. Rev. 169 1998, pp. 204-205.

<sup>431</sup> KOENIG, Thomas, in *The shadow effect of punitive damages on settlements*, 1998 Wis. L. Rev. 169 1998, p.206.

<sup>432</sup> KOENIG, Thomas, in *The shadow effect of punitive damages on settlements*, 1998 Wis. L. Rev. 169 1998, p.207.

<sup>433</sup> KOENIG, Thomas, in *The shadow effect of punitive damages on settlements*, 1998 Wis. L. Rev. 169 1998, p.207.



pequeño número de condenaciones sobre el tema, y la reducción y imposición de cuantías a veces bajas para satisfacción de las finalidades de la institución, por medio de la utilización de criterios variados, como hemos vistos, que se alejan de la meta persiguida.

#### **1.7.6. “La confusión entre el derecho civil y el derecho penal.”<sup>434</sup>**

Algunos autores ven en la fijación de daños punitivos un campo híbrido, que en muchos aspectos puede estar invadiendo la esfera destinada a la área penal, siendo que la protección debida debe ser buscada en el ámbito jurídico correspondiente.

Apuntando las diferencias entre los regímenes jurídicos destinados a cada ámbito, SIMONS exalta la diferencia entre los sistemas en el derecho americano. Así, entre los puntos que destaca, afirma que la persecución penal es generalmente atribución estatal, siendo que en el caso de responsabilidad civil cabe al lesionado buscar su compensación, diferenciación que se mantiene íntegra en la hipótesis de los daños punitivos; el sistema de responsabilidad civil presupone un daño, siendo que en el área criminal, este no se hace necesariamente presente, cuando es punible la tentativa de lesión; las sanciones criminales son más severas que las sanciones civiles; las sanciones penales están relacionadas con el grado de culpabilidad del agente, lo que no ocurre en el sistema de responsabilidad civil, aunque haya alguna influencia; hay una progresión mayor de la culpabilidad en el ámbito penal que en el civil; la conducta del acusado es valorada con más importancia en el sistema de responsabilidad civil que en el derecho penal; la culpabilidad para ser valorada tiene un grado mínimo mayor en el sistema penal que en el civil<sup>435</sup>.

En lo que tiene relación a la aplicación de daños punitivos, teniendo como objetivo principal penalizar al causante del ilícito por conducta ultrajante, se está, de alguna forma, trayendo a la responsabilidad civil análisis de elementos que no se refieren a esta, confundiéndose las funciones penales y civiles. La función punitiva de la responsabilidad civil, en nuestro punto de vista, debe ser consecuencia de la función preventiva, evitando la reiteración de la conducta y el enriquecimiento sin causa justa del ofensor, pero no aplicada autónomamente, debiendo dejar esta respuesta punitiva al ámbito penal, salvo rarísimas excepciones.

---

<sup>434</sup> LOURENÇO, Paula Meira, *idem, ibidem*, p. 1082.

<sup>435</sup> SIMONS, Kenneth W., in *The crime / tort distinction: legal doctrines and normative perspectives*, Widener Law Journal, vol. 17, pp. 719-724.

Como afirmamos, ese trabajo no se propone analizar la aplicación autónoma de la función punitiva de la responsabilidad civil. No obstante, es necesario resaltar que este tipo de interpretación de la legislación, y opción doctrinaria viene siendo admitido en la doctrina y jurisprudencia, lo que acaba generando conflicto entre las distintas áreas jurídicas.

De todos los modos podemos ver en esa hipótesis la aplicación de la teoría de evitar el enriquecimiento injusto, analizando la utilidad de la conducta, lo que no alejaría la posibilidad de aplicación de daños punitivos.

Afirma LOURENÇO que la doctrina de los daños punitivos puede llegar a lesionar los principios básicos, como el de *ne bis in idem*<sup>436</sup>, y que en razón de tratarse de disputa civil, se deja de lado los demás principios garantizadores y orientadores del derecho penal, tales como el de la presunción de inocencia,<sup>437</sup> y yo adiciono el del necesario contradictorio y amplia defensa, que en el derecho penal se hace imprescindible, no pudiendo ser decretados los efectos de la rebeldía, habiendo siempre la necesidad de nombreamiento del defensor ad hoc para el acto, así como los principios de la legalidad y anterioridad, etc.

Entiendo que en regla general, tratándose de aplicar el daño punitivo con el objetivo de prevención, no vislumbro la ocurrencia de *bis in idem*, por tratarse de una esfera distinta, en la que cada cual protege el bien jurídico dentro de los límites de su ámbito, pautándose por reglas y principios propios. El homicidio, por ejemplo, puede generar el derecho a una indemnización civil, así como merecer la protección penal, no teniendo que hablar en *bis in idem*.

Ciertamente, las diversas esferas de protección jurídica son impermeables, y no se comunican, salvo hipótesis excepcionales previstas por el legislador, como por ejemplo, la composición del daño en crímenes de menor potencial ofensivo<sup>438</sup>. Hay que resaltar que la reparación del daño ya traía consecuencias en la esfera criminal, considerándose como circunstancia atenuante (art. 61, III, b do CP).

Tal vez, como fue dicho, permanezca intacta la posibilidad de alegación de *bis in idem* cuando en la aplicación de daños punitivos se de prevalencia a la función punitiva,

---

<sup>436</sup> SIMONS, Kenneth W., in *The crime /tort distinction: legal doctrines and normative perspectives*, Widener Law Journal, vol. 17, pp. 719-724.

<sup>437</sup> LOURENÇO, Paula Meira, *idem, ibidem*, p. 1083

<sup>438</sup> Obsérvese que aquí aún consideramos que hay espacio para exceptuar la hipótesis de la conducta dolosa que es perpetrada por ser la utilidad generada mayor que el eventual daño compensatorio a ser pago. No deja de objetivar, finalmente, la vedación al enriquecimiento injustificado, una vez que la riqueza personal, la utilidad personal, es incrementada con la conducta ilícita arriba del valor indemnizatorio compensatorio a ser pago, en la hipótesis de no fijación de daños punitivos.

fijándose la indemnización como castigo por la conducta ultrajante, en respuesta a una conducta dolosa de per se<sup>439</sup>

Es decir, las esferas de protección civil, administrativa y penal, en regla, no se comunican, sin tener que hablar en la ocurrencia de doble condenación sobre el mismo hecho, salvo si estuviera substituyendo al propio ámbito criminal, como es posible prever en la fijación de daños punitivos en razón de conducta dolosa, como forma de castigo.

Es válido anotar que en todas las esferas del derecho hay una función sancionatoria inherente, así como preventiva. Como bien apunta LOURENÇO, según Zeno-Zencovich hay un “momento sancionatorio en toda reacción de la orden jurídica a la conducta ilícita, ya que siempre existe un interés público que es colocado en causa, a saber, el interés en la realización de los propios intereses privados, y el interés del ordenamiento en su autotutela”<sup>440</sup>.

No obstante, las funciones ganan mayor o menor prevalencia a depender del tipo de protección buscada en virtud de la lesión al bien jurídico causada, pudiéndose observar que la prevalencia de la función punitiva en la esfera de la responsabilidad civil puede volver a violar los límites del área civil de protección.

Como se puede observar, el derecho civil lleva en su núcleo igualmente una función sancionatoria, cuando determina el pago de una indemnización compensatoria, pues además de la función compensatoria, sigue de este comando el ejercicio de la función retributiva, función que indirectamente es incrementada en el momento de la aplicación de una indemnización punitiva, pero que no es buscada autónomamente, so pena, en mi punto de vista, de poderse vislumbrar un bis in idem. Decorre ella de la función preventiva, para crear los incentivos que la acción dañosa no si repita.

Así, considerando los daños punitivos que buscan alcanzar los objetivos de vedación al enriquecimiento sin causa y prevención, no vislumbro violar los límites referentes a la responsabilidad civil, lo que consecuentemente aleja la necesidad de observancia de los principios relativos al derecho material y adjetivo penal. Se trata de la institución atinente al sistema civilista, y como tal debe ser tratado, buscando alcanzar los objetivos propios de esta área jurídica.

---

<sup>439</sup> LOURENÇO, Paula Meira, *idem, ibidem*.

<sup>440</sup> TENTAR ENCONTRAR REFERENCIA PARA CITAÇÃO.

### 2.7.7.- Estímulo al litigio.

Entienden POLINSKY y SHAVELL que no debe haber imposición de daños punitivos para aumentar la probabilidad del enjuiciamiento de acciones. En efecto, apuntan los Profesores que entre los incentivos para ir a juicio hay de un lado los costos de litigación, y de otro la cuantía con la cual será posiblemente indemnizado, lo que genera un aumento del litigio con la posibilidad de fijación de daños punitivos.<sup>441 442</sup>

Argumentan que no sería solución ideal, puesto que el aumento del número de acciones no sería uno de los caminos a ser recorridos para lograr la disuasión.

Sin embargo de la posición de los Profesores, entendemos que el estímulo a la litigación, en este aspecto, no se revela perjudicial. En efecto, la reducción de las demandas no se puede escudar en la legitimación de la violación de los derechos subjetivos, que por ser de ínfima valoración, estarían sin protección, autorizando la reiteración de la acción ilícita que al fin al cabo apenas se revierte en favor del ofensor.

Con el incremento en la litigación, hay una reducción en la posibilidad de la parte de escapar a una responsabilidad por el daño, lo que al final se revela positivo para incentivar a esta la adopción del cuidado necesario, que lleva consecuentemente a la disminución de daños y de las demandas propuestas.

Mutatis mutandis, una vez que doctrina sobre el tema relacionado con el derecho público, y hace referencia a los costes de abogado (“one-way free shifting”) y no a los daños punitivos como incentivo a la litigación, concluye de modo similar sobre los efectos positivos de las acciones judiciales para la tutela del derecho violado, KRENT:

“Moreover, there may be positive external effects from litigation over small monetary claims, as well as over nonmonetizable claims such as injunctions. For example, one contractor's successful suit against the government over a nominal sum may benefit many contractors and, if the government prevails, it may gain an advantage in many of its dealings with contractors. Thus, increasing the number of small claims filed will not necessarily result in socially wasteful litigation”<sup>443</sup>

Ciertamente, considero que POLINSKY y SHAVELL parten de una premisa equivocada. El incremento a la litigación genera un incremento de los costos para la sociedad,

---

<sup>441</sup> POLINSKY, Mitchell A., SHAVELL, Steven, in *Daños Punitivos: An Economic Analysis*, *idem, ibidem*, p. 805.

<sup>442</sup> POLINSKY, Mitchell A., SHAVELL, Steven, in *Daños Punitivos: An Economic Analysis*, *idem, ibidem*, p. 901.

<sup>443</sup> Krent, Harold J., in *Explaining one-way free shifting*. Virginia Law Review, Vol. 79, No. 8 (Nov., 1993), pp. 2039-2089, p. 2052.

pero hay que se combatir el problema en su origen, que son las conductas que generan daño. Es decir, lo que originariamente genera el aumento de costos es la conducta ilícita que ocasiona una lesión, lo que lleva al consecuente enjuiciamiento de la acción para tutela de sus derechos, medida esta que es beneficiosa, pues generará los incentivos correctos, con la internalización del daño, para que este no se repita.

De hecho, los daños punitivos acaban haciendo que los violadores de derechos y deberes internalicen los costes que abarcarían si todos los lesionados fueran a juicio. Incentivar la litigación se hace favorable para que los que lesionaron un grupo de personas no puedan escapar a la responsabilización<sup>444</sup>. El incentivo hace que muchas veces derechos que no serían protegidos, por representar muchas veces ínfima violación al bien jurídico, tengan su salvaguarda concedida en juicio, incrementando el bienestar social.

En ese sentido la Suprema Corte de Oklahoma, al decidir el caso *Thiry v. Armstrong World Industries* analizó esa cuestión. Investigando el tema, afirma SCHOVANEK que la corte asentó que “the availability of punitive damages(...)should increase the discovery of guilty manufacturers and ensure their punishment by giving the victim additional financial incentive to bring suit. Hence, the possibility of being saddled with punitive damages should act as a deterrent for manufacturers who will perceive a likelihood of being severely punished. A manufacturer who markets a defective product likely to cause only minor injuries would not feel confident that consumers would not litigate such uneconomical injuries”<sup>445</sup>

En ese sentido, el aumento de las acciones no perjudica la sociedad, pero si va en favor de esta, culminando con la desventaja por parte de los productores y proveedores de bienes y servicios en la violación de los derechos de los individuos, incrementando el bienestar social, optimizando las actividades e intercambios comerciales.

En efecto, si en un primer momento hay un incremento en el número de acciones juzgadas, después la internalización de los costes y pasando los proveedores y productores a adoptar el cuidado ideal, habrá una disminución del número de lesiones y consecuentemente de demandas judiciales.

---

<sup>444</sup> En líneas subsecuentes el doctrinario demuestra la dificultad en el cálculo de los daños punitivos. Afirma: “Debido a la dificultad de predecir la cantidad de futuros litigios, los tribunales podrían creer equivocadamente que relativamente son pocos litigios los podrían causar, darrelatively few suits will be brought, y por lo tanto percibir una mayor necesidad de los daños punitivos que sea apropiada.” POLINSKY, MITCHELL A., SHAVELL, Steven, in *Daños Punitivos: An Economic Analysis*, *idem, ibidem*, p. 925

<sup>445</sup> SCHOVANEK, Sandy, in *Manufacture’s Products Liability: Punitive Damage Awards in Strict Liability Cases in Oklahoma*, *Oklahoma Law Review*, Volume 37, 1984, Número 1, p.341.

Las Cortes se inclinan, inclusive, por la valoración de los costos procesales y de los abogados en el momento de la fijación de los daños punitivos, llevando un mayor incentivo a la litigación. Los propios doctrinarios afirman que “la Corte de apelaciones de Texas afirmó una sentencia de \$4500 en daños ejemplares, en una acción de invasión de privacidad con acoso telefónico, cuando los daños reales fueron de \$2 y los honorarios del abogado fueron de \$4462,52”<sup>446</sup>

La reducción de las demandas debe ser buscada, pero sin descuidar los principios de acceso a la justicia y protección del derecho subjetivo. Así, tal disminución se muestra loable si viene acompañada de la efectiva reducción de la violación de los derechos, como ocurre, por ejemplo, en el punto de la imposición de daños punitivos indemnizatorios, haciendo que el lesionador internalice los costos de su conducta nociva, forzándolo a adoptar el nivel de cuidado ideal, o substituyéndolo, como veremos adelante, con aplicación de la tutela específica, protegiendo a terceros que tuvieron sus derechos violados, y evitando que nuevos derechos subjetivos sean lesionados.

En este sentido el estímulo a la litigación es positivo para que los lesionados vengan a juicio en busca de la satisfacción de su derecho, castigando a los causantes de daños, que por ser muchas veces difusos, apenas alcanzan en parte ínfima el derecho individual de cada uno.

Así, de manera diversa de lo que afirman los autores en regla, el estímulo a la litigación es favorable al objetivo buscado, de la efectiva protección de los derechos subjetivos violados.

Entiendo que el estímulo a la litigación que no se hace favorable ocurre con relación a litigaciones fraudulentas, siempre y cuando los demandantes no tienen derecho a la tutela judicial. Ciertamente es que una vez que se facilita el enjuiciamiento de acciones, se estimula la litigación, habrá un incremento de pedidos de esa naturaleza. Sin embargo, entiendo que tal hecho no es suficiente para que se quiten los estímulos, debiendo el problema ser combatido de otra manera: por medio de penalizaciones por mala fé, imposiciones de multas, etc, de modo que se desincentive la búsqueda judicial por una tutela a que no tiene derecho.

No obstante, como se observará, nuestra propuesta, en este particular, acaba por no generar el estímulo necesario a la litigación, con la sustitución de los daños punitivos

---

<sup>446</sup> Donelbv. Lara, 703 S.W.2d 257, 258, 262 (Tex. App. 1985) *superseded by* TEX. CIV. PRAC. & REM. CODE ANN. § 41.004 (West 1997). POLINSKY, Mitchell A., SHAVELL, Steven, in *Daños Punitivos: An Economic Analysis*, *idem, ibidem*, p. 898.

indemnizatórios por una tutela específica. Entendemos, sin embargo, que es la medida que más salvaguarda los derechos violados, y trae al mismo tiempo eficacia y eficiencia al sistema jurídico, apartando eventuales alegaciones de enriquecimiento sin causa, y estimulando la adopción de la disuasión necesaria.

Ademas, no se puede olvidar que los costes judiciales son altos para la sociedad, y si se puede alcanzar el mismo objetivo de reduccion de lesiones sin la necesidad de que todos vengan a juicio, la medida se muestra loable. Es lo que ocurre con la propuesta presentada en esa tesis, como veremos, actuando la medida sustitutiva como un *decoupling*.

Se adiciona, aunque, que en hipótesis específicas no se aleja la posibilidad de acumulación de indemnización punitiva y adopción de la tutela específica, cual sea, cuando el daño perpetrado genera lucro igual o superior al daño compensatorio a ser pago (lo cual sería substituído por la tutela específica), so pena que no se crearen los incentivos necesarios a la adopción del cuidado ideal. Y aquí, traemos a propósito una vez más la hipótesis de venta de automóviles nuevos con neumáticos reencauchados. Por lo tanto, el estímulo a la litigacion no es completamente quitado.

Y, por fin, como veremos hay otros incentivos para la búsqueda por la tutela judicial, como ocurre en lesiones más grandes que tengan origen en la violación de un derecho. Ejemplo: accidente con el neumático reencauchado que generó lesión corporal; o incentivos subjetivos, como la búsqueda por justicia, etc.

#### **2.7.8.- Incentivos para que la víctima no adopte el nivel de precaución ideal.**

Argumenta LOURENÇO que la fijación de daños punitivos puede llegar a dar incentivos a la posible víctima para que no tome actitudes en contra, o tome actitudes favorables para que el acto lesivo ocurra.<sup>447</sup>

Entiendo que tratándose de responsabilidad civil, en la cual la indemnización se mide por la extensión del daño, y valorándose la culpa de la víctima en la fijación del quantum a ser indemnizado, este problema también se aparta, dado que siendo comprobada la culpa exclusiva de la víctima o que ocurre, en realidad, es el rompimiento del nexo causal, faltando uno de los presupuestos de la responsabilidad civil. En la hipótesis de culpa concurrente, aunque en teoría no se discuta la culpa para fines de fijación de la

---

<sup>447</sup> SALES, James B. e Cole, Kenneth B, in *Punitive Damages*, p. 1908, apud LOURENÇO, Paula Meira, *idem*, *ibidem*, p. 1083

responsabilidad objetiva, puede ser valorada para fines de fijación del quantum, en los términos del art. 945 del Código Civil brasileño.<sup>448</sup>

### 2.7.9. Ineficacia: transferencia de los costes a los consumidores y accionistas.

Indica LOURENÇO que uno de los problemas levantados por la doctrina sería el de la ineficacia de los daños punitivos en frente de los agentes económicos, que irían a repasar los costos de la indemnización efectivamente concedida para los demás consumidores y clientes, que serían los verdaderos perjudicados, finalmente<sup>449</sup>.

En ese sentido, igualmente POLISNKY y SHAVELL, al afirmar que es posible que los consumidores sufran las consecuencias de los daños punitivos, siempre que las firmas los consideren como uno de los costos del negocio, con el consecuente aumento de los precios de los productos.<sup>450</sup>

No obstante, considero que en una economía de mercado, en la cual no hay vicios, no hay razón para entender correcta esta ilación. Una vez que haya un incremento del precio en un mercado de competición perfecta, culminará en la migración de eventuales clientes de

---

<sup>448</sup> CIVIL Y CONSUMIDOR. INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS MORALES Y MATERIALES. AGRESIÓN FÍSICA SUFRIDA EN EL INTERIOR DE CASA NOCTURNA/BAR. RESPONSABILIDAD OBJETIVA. REPARACIÓN POR DAÑO MORAL. CULPA CONCURRENTE DEL CONSUMIDOR. AUSENCIA DE EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD. QUANTUM INDEMNIZATORIO. 1. Constatándose la falla en la prestación del servicio, dado que la acusada no proporcionó la seguridad necesaria para resguardar el consumidor, víctima de agresión física en el interior del establecimiento de la demandada, mismo después del registro de reclamaciones reportadas a gerencia en relación al cliente agresor, se muestra patente el deber de indemnizar, una vez que la responsabilidad de la acusada es objetiva (Art. 14 CDC). **2. En los términos del artículo 14, §3º, del Código de Defensa del Consumidor, se presenta como recargo del proveedor probar la existencia de excluir la ilicitud, para eximirlo de la responsabilidad y romper el nexo de causalidad entre la conducta y el daño experimentado. En el caso, aunque haya ocurrido la demostración de ocurrencia de culpa concurrente del consumidor/víctima de la agresión, nótese que solamente la culpa exclusiva del consumidor o de un tercero es admitida como causa exonerativa de la responsabilidad, y no la culpa concurrente, pudiendo acontecer, en tal hipótesis, la reducción de la indemnización, proporcionalmente al grado de culpa de la víctima, en los términos del artículo 945 del Código Civil.** Precedentes. 3. Se muestra suficiente, para fines de reparación por daño moral, la ocurrencia del hecho descrito, siendo innecesaria la demostración del dolor espiritual experimentado, pues el daño se opera in re ipsa. Además, en el caso, hubo una nítida violación al derecho de la personalidad del consumidor, víctima de agresión física. 4. La razonabilidad se presenta como criterio que debe imperar en la fijación de la cuantía compensatoria de los daños morales. Además de lo postulado de la razonabilidad, la jurisprudencia, tradicionalmente, elige los parámetros (léase las reglas) para la determinación del valor indemnizatorio. Entre estas, se encuentran, por ejemplo: (a) la forma como ocurrió el acto ilícito: con dolo o con culpa (leve, grave o gravísima); (b) el tipo de bien jurídico lesionado: honra, intimidad, integridad etc.; (c) además del bien que le fue afectado a repercusión del acto ofensivo en el contexto personal y social; (d) la intensidad de la alteración anímica verificada en la víctima; (e) el antecedente del agresor y la reiteración de la conducta; (f) a existencia o no de retratación por parte del ofensor. 5. Se negó cautela a la apelación y al recurso adhesivo. (Acórdão n.º 832455, 20110110401138APC, Relator: FLAVIO ROSTIROLA, Revisor: ALFEU MACHADO, 3ª Grupo Civil, Fecha de Juicio: 12/11/2014, Publicado en el DJE: 21/11/2014. Pág.: 180)

<sup>449</sup> LOURENÇO; *idem*, *ibidem*, p. 1087.

<sup>450</sup> POLINSKY, Mitchell A., SHAVELL, Steven, in *Punitive Damages*, *idem*, *ibidem*, p. 12



la empresa X para la empresa Y, con la consecuente y necesaria reducción de los precios por la empresa X para entrar nuevamente en el mercado competitivo.

En otras palabras, habiendo un mercado libre de vicios, y de plena competencia, y la fijación de daños punitivos en desconsideración de una empresa por la lesión del bien jurídico de consumidores, tendrá esta que hacer un estudio de mercado antes de infundir en el precio del producto el valor de la indemnización paga, so pena de pérdida de parte de la clientela.

Al final, la competencia actúa favorablemente en pro de los consumidores, que en tesis no tendrán que asumir el costo de la indemnización, sea porque la empresa se abstuvo de traspasar los costos, con miedo a la pérdida de parte del mercado, sea porque el consumidor migró para otro proveedor, que mantuvo el precio dentro del espectro competitivo, ajustándose el mercado naturalmente.

La tendencia sería que la empresa evite el traspaso de costos, so pena de la pérdida de una parte del mercado.

Diferente sería la hipótesis de un mercado monopolizado, o hasta en oligopolio, cuando hay una reducción o competitividad inexistente. En esas hipótesis, hay que tener en cuenta la preocupación de la doctrina, pues podrían ser efectivamente traspasados los costos de la eventual indemnización a los consumidores finales. En la hipótesis de oligopolio la preocupación sería menor, pues está sujeto a que haya autoregulación del mercado, ya que todavía existen algunas empresas actuando en el mismo sector. No se olvide aquí que el precio del producto no se iguala al costo marginal, pero se puede mantener el nivel ya pre-establecido del precio de mercado.

Sin embargo, aunque en estas hipótesis considero que no se justificaría alejar la condenación punitiva, puesto que un supuesto incremento en el precio, aunque soportado por eventuales consumidores, también repercutirá en la empresa, que podrá perder una parte del mercado, por la fuga de clientes, o por fuerza de la reducción del consumo individual.

Finalmente la indemnización punitiva traerá incentivos para que la empresa deje de perpetrar la conducta ilegal, o adopte el cuidado necesario para que la lesión no ocurra de nuevo.

A su vez, afirman POLISNKY y SHAVELL con mucha propiedad que, muchas veces, el precio final de la conducta ilícita es pago, además de los consumidores, por los propios accionistas.

En efecto, muchas veces los accionistas serán perjudicados con la fijación de daños punitivos. No obstante, tal hecho no justificaría el alejamiento de esta penalidad de

frente a la Persona Jurídica. Existiendo la práctica del acto ilícito, esta debería ser condenada a indemnizar en el importe debido para crear el estímulo necesario para la adopción de la conducta correcta. En cuanto a los accionistas, las pérdidas generarán los incentivos para que inviertan en las empresas más competentes, disminuyendo el riesgo social de actuación en el mercado de empresas que generan daños a terceros.

#### **2.7.10. No generan incentivos a la correcta asignación de responsabilidades.**

Por fin, aducen los mismos doctrinarios citados anteriormente que aunque los daños punitivos puedan generar un incentivo al castigo del empleado causante del daño, muchas veces este es conseguido meramente con la aplicación de daños compensatorios.

En este particular, voy a estar en desacuerdo con la posición defendida, una vez que si hay incentivos para la responsabilización con la fijación de daños compensatorios, estos son aumentados en la hipótesis de fijación de daños punitivos.

Con respecto al punto destacado, otra propuesta discutida es que muchas veces mismo con la imposición de daños punitivos a las Personas Jurídicas, puede ser que el verdadero ofensor no sea responsabilizado, por la dificultad de imputarse a este el acto. No obstante, en mi punto de vista, no es un hecho que justifique por sí la no imposición de daños punitivos, que generará un aumento de los incentivos para la identificación y castigo del responsable por la conducta ilícita dentro de la empresa. Por cierto que la imputación del acto al responsable es materia de prueba, y así como sigue siendo a veces difícil de identificar a la persona física que perpetró la conducta ilícita para fines de responsabilidad por la indemnización compensatoria, también cuando la empresa fuese a efectuar la indemnización del daño punitivo fijado, habiendo mayores incentivos para apurar el hecho en esta última hipótesis.

Ciertamente los daños punitivos vienen hasta como incentivo, teniendo en cuenta el mayor perjuicio de la empresa en el punto del pago de la indemnización, en identificar y castigar con más rigor aquel que adoptó la conducta ilícita, que generó perjuicios a la empresa y accionistas.

Además, el daño punitivo generará igualmente un incentivo para que la empresa contrate profesionales más competentes, evitando así la ocurrencia de otros daños, dado que esta se responsabiliza por los hechos lesivos por fuerza de la culpa “in eligendo.”

Así, no aparto ni veo cualquier impedimento a la fijación de daños punitivos en frente de las empresas, inclusive en la hipótesis de cuando la conducta causa una utilidad mayor que el eventual daño perpetrado.

Por ejemplo, en la hipótesis de competencia desleal, en la cual los precios son disminuidos para arruinar a la empresa competidora, de modo que sostenga su marca en el mercado, puede llegar a generar una utilidad mayor que el eventual daño compensatorio a ser pago, correspondiendo la fijación de daños punitivos de cara a la empresa. Y hay que tener en mente que aunque la conducta haya ocurrido por acto de un empleado, la empresa responde por culpa in eligendo, debiendo perseguir después la satisfacción del crédito en frente del empleado culpable.

#### **2.7.11. Supra disuasión (limitación de la actividad económica).**

Señala LOURENÇO que la imposición de daños punitivos elevados puede limitar la actividad económica, acabando por perjudicar los propios consumidores<sup>451</sup>.

En realidad, pensando en la fijación de daños punitivos en especie, hay efectivamente la posibilidad de aplicar el valor por encima del real causado, tanto individual como socialmente, lo que puede crear una supra-disuasión, haciendo que la actividad económica sufra un colapso<sup>452</sup>. Por cierto, al depender del valor concedido, inclusive es posible que la empresa eventualmente ingrese en proceso de concordato o quiebra. Al final, impactaría negativamente en el bienestar social y en el desarrollo económico<sup>453</sup>.

En ese sentido, CALANDRILLO, argumenta que “Al mismo tiempo, los jurados también deben estar vigilantes para evitar la distribución indiscriminada de sentencias por daños punitivos excesivos, no sólo por la preocupación de la Corte Suprema con el debido proceso legal, sino más bien por el temor de crear potencialmente efectos devastadores de segundo orden negativos: supra-disuasión, decrecimiento de la productividad, aumento de costos, disminución del consumo y caída en general del bienestar social”.<sup>454</sup>

---

<sup>451</sup> LOURENÇO, Paula Meira, *idem, ibidem*, p. 1086

<sup>452</sup> No se puede olvidar que sustentamos en algunas hipótesis que es viable la fijación por encima del daño social causado, cuando haya lucro en la conducta ilícita igual o superior al daño. Igualmente, en hipótesis puntuales, valorándose el daño potencial.

<sup>453</sup> CALANDRILLO, Steve P., *idem, ibidem*

<sup>454</sup> CALANDRILLO, Steve P., *idem, ibidem*, p. 27.

Se puede proponer la hipótesis de una empresa que colocó en el mercado automóviles a la venta con neumáticos de repuesto reencauchados, vendiendo más de 1000 unidades con la llanta usada, siendo que la llanta nueva costaba R\$200,00. Eventual indemnización tendría que tomar por base el número de vehículos y el valor del daño indemnizable. En teoría, por tanto, en un análisis superficial, el valor de los daños punitivos podría ser fijado en cuantía superior al lucro obtenido de R\$200.000,00 <sup>455</sup>, de manera a crear la disuasión ideal. Advogamos la posibilidad de pago del daño más devolución del lucro. Por cierto que este daño podría generar otros de mayor cuantía, como en la hipótesis de aquel que necesitando utilizar el neumático de repuesto, no estaba en condiciones de utilizarlo por estar pinchado, y tuvo que recurrir a otro transporte, como el taxi, para llegar a su destino final.

Excluyendo este sesgo, de todos los modos es posible que la fijación de daños punitivos en R\$200.000,00 genere una supra-disuasión, una vez que otros lesionados puedan juzgar la acción respectiva para obtener la indemnización compensatória, lo que llevaría a la parte que causó el daño no solamente a internalizar los costos de la conducta y devolver el lucro, sino a pagar además del daño punitivo ideal <sup>456</sup>.

En efecto, se debe analizar la cuestión por dos sesgos. Primero, hay la posibilidad de bis in idem, cuando deja de considerarse, en el cálculo de los daños punitivos, eventuales acciones individuales o hasta colectivas juzgadas, aunque haya ocurrido apenas la fijación de daños compensatorios. De otro lado, igualmente hay que considerarse la fijación de eventuales daños punitivos en acciones posteriores, una vez que esta no agote la pretensión de otros que tuvieron sus derechos violados.

En este aspecto vimos que muchas son las soluciones que se presentan para evitar la supra-disuasión. Con respecto a los procesos ya juzgados, en los que hubo condena en contra, cabría a la parte demandada traer a colación prueba de su condena, para fines de análisis por el juicio de la causa en el momento de la fijación de daños punitivos. A su vez, en cuanto a los procesos en curso o a las demandas no juzgadas, una opción sería la creación de una cuenta vinculada al juicio, donde el valor a título de daños punitivos sería remitido, con la liquidación mientras el transcurso del plazo prescripcional para enjuiciamiento de las acciones

---

<sup>455</sup> Un análisis hipotético, pues como veremos en la secuencia, en este ejemplo entendemos que el daño punitivo debe superar el daño compensatório efectivamente perpetrado, para traer el estímulo necesario a la adopción de una conducta lícita. Como fue dicho en líneas anteriores, en algunas hipótesis, si el eventual daño a ser pago iguala el valor que debería haberse realizado a priori aunque habría estímulo para repetir el acto ilícito, pues solo eventualmente pagaría por el valor efectivamente debido.

<sup>456</sup> Como vimos, estamos trabajando aquí con un ejemplo hipotético, en el cual hay la facilidad de identificar todos los lesionados, los daños causados, y el daño que generó un incremento patrimonial al ofensor.

respectivas, repartiendo el importe entre aquellos que tuvieron sentencia favorable a la condenación en daños punitivos.

A su vez, volvemos aquí a la cuestión del *quantum*, el valor exacto que debería ser estipulado como máximo, de manera que evite la conformación de supra-disuasión. Es decir, se ha de cuestionar si sería suficiente, para fines de incentivo, condenar la parte autora a la cuantía que ella debería haber pagado efectivamente, caso en que todas las acciones compensatorias fueran juzgadas, o se haría necesario que el valor a ser indemnizado fuese superior a esta cuantía, por alejarse del objetivo preventivo de evitar la reiteración de la conducta, principalmente cuando la conducta además del daño ha generado lucro.

En efecto, considerándose que ni todos los lesionados van a juicio, la posibilidad de condenación por el valor total que tendría que pagar en el caso que vendiera los automóviles de la manera anunciada, se muestra remota.

Así, y principalmente en este ejemplo discutido en el cual la lesión causada generó un incremento patrimonial al ofensor, sabiendo de los precedentes judiciales, y del número ínfimo de personas que van a juicio, es posible que la empresa se arriesgue, y permanezca efectuando la venta con neumáticos usados, dado que continuaría obtenido lucro, y solamente excepcionalmente podría ser condenada a indemnizar por el valor igual al que habría pagado a priori. En otras palabras, el perjuicio máximo que eventualmente tendría sería el mismo gasto que pagaría si realizara el negocio como contratado.

Por cierto no se debe desconsiderar que el perjuicio por la conducta va mas allá de la simple condenación en daños punitivos, abarcando la pérdida de clientela, por lo impacto negativo de la acción, bien como el pago de costos y honorarios de los abogados.

No obstante, como fue dicho, la remota posibilidad que la indemnización a ser paga sea igual al gasto inicial necesario para el cumplimiento contractual en su totalidad puede generar el incentivo a la venta de productos en discordancia con lo anunciado.

Así, en hipótesis puntuales, cuando hay lucro en la conducta dañosa, entendemos que aunque se impute al causante del ilícito el pago de la indemnización por encima del valor del daño efectivamente causado, considerándose todos los consumidores, no habría generado necesariamente una supra-disuasión, pero si la disuasión necesaria. Como expuesto con antelación, entendemos que sería viable la opción de sumarse el daño con el lucro obtenido.

Además, en ese sentido se puede valorar la doctrina americana de indemnización por el daño potencial, admintiendo la aplicación de indemnización superior al daño efectivo, por la potencialidad lesiva de la conducta<sup>457</sup>.

La supra-disuasión, por consiguiente, sería alcanzada siempre y cuando la indemnización fuera mucho más desproporcional al daño perpetrado. Es decir, en algunas hipótesis, aunque la empresa tenga que pagar más de lo que el perjuicio efectivamente causado a los consumidores que obtuvieron el producto defectuoso, no habría necesariamente supra-disuasión, pero si la disuasión ideal.

Distinto, considera CALANDRILLO, en los términos de como sustentan y citando a los doctrinarios POLINSKY y SHAVELL, que los daños punitivos deben ser calculados con base en la probabilidad inversa de condena. Indica que “Un enfoque económico que aborda los daños punitivos dicta que estos deben ser calculados multiplicando el daño real en cada caso por la inversa de la probabilidad que el acusado escape de la responsabilidad si no es atrapado cuando debería ser”<sup>458</sup>.

Como vimos en líneas anteriores, por medio de una aplicación diversa, es básicamente eso lo que proponemos, apenas añadiendo aquí nuestra posición de que el lucro debería igual revertir al ofendido.

De cualquier modo se debe tener cuidado al interpretar esa regla, de modo que no quede la oportunidad de anomalías jurídicas, como la decisión proferida en el caso Exxon Shipping Co. v. Baker. Ciertamente, en esta hipótesis la Suprema Corte estableció que en casos marítimos los daños punitivos se deberían igualar a los daños compensatorios, pues las chances de la empresa de escapar a una acción judicial en un accidente como ese sería aproximadamente nula, a pesar de la dificultad notoria de identificar todos los daños y lesionados.<sup>459</sup>

Entiendo que el error aquí no estaba en la fórmula en si, pero si en su aplicación, una vez que numerosas variables jugaban en favor de la dificultad de ser indemnizados todos los perjuicios causados, como vimos líneas atrás.

---

<sup>457</sup> Claro, desde cuando el daño no haya alcanzado toda su potencialidad. Si bien que es prácticamente utópica la posibilidad del daño lograr toda su potencialidad. Veamos el ejemplo de los neumáticos de repuesto: aunque hayan sido vendidos todos los automóviles producidos con llantas de repuesto usadas, otros daños pueden sumarse a este, como por ejemplo el daño de aquel que perdió el viaje pues el automóvil se pinchó y la llanta de repuesto estaba pinchada. Es decir: en teoría siempre habrá daño potencial en el caso concreto.

<sup>458</sup> POLINSKY, Mitchell y SHAVELL, Steven, in *Punitive Damages: An Economic Analysis*, 111, Harv. L. Rev., 889, apud CALANDRILLO, Steve P., p. 28.

<sup>459</sup> CALANDRILLO, Steve P., *idem*, *ibidem*, p. 37.

En efecto, debido a la extensión del daño que alcanzó diferentes personas y derechos subjetivos, en diferentes proporciones, es muy probable que varios lesionados no hayan ido a juicio en búsqueda de su protección. Y, como afirma CALANDRILLO, eso está comprobado, teniendo el caso de Exxon Shipping Co. dejando de pagar, por ejemplo, los daños que no los alcanzaron físicamente, por medio de la aplicación del caso *Robins Dry Dock & Repair Co. v. Flint*, los daños cuya extensión era indeterminada, y los daños morales que sucedieron con el derrame de petróleo<sup>460</sup>.

Es decir, el daño causado para nada llevaba a la conclusión de hallar la posibilidad de escapar a la responsabilidad prácticamente nula. Finalmente lo que se tiene es la dificultad en cuantificar esa variable.

Para sustentar su teoría traen los doctrinarios como ejemplo la inutilidad de fijación de daños punitivos en la hipótesis de un cirujano en dejar un instrumento quirúrgico en el cuerpo del paciente, pues el daño necesariamente sería compensado. Agregan que, aunque, posibilita la fijación de daños punitivos en este particular implicaría en supra-disuasión, que culminaría en la posible contratación por el médico profesional de un tercero para auxiliarlo, o en un mayor gasto de tiempo en cada operación.

Indican: “Incluso si estas respuestas tuvieran éxito en la prevención de la recurrencia de este evento, pueden ser a un costo demasiado grande, especialmente si la probabilidad de dejar una herramienta quirúrgica en un paciente es muy baja de todos modos. En otras palabras, podría no valer la pena socialmente para el cirujano el tomar las medidas necesarias para eliminar la posibilidad de ser extremadamente negligente. A pesar de que, un nivel de responsabilidad excesivo dado por la fórmula de daños podría fomentar indebidamente a que tome estas medidas<sup>461</sup>”.

Otro ejemplo al respecto expone un reportaje criticando erróneamente el producto de cierta empresa, generando perjuicios. Entiendo que sería pasible de condenación en daños punitivos. Para los doctrinarios, posibilitar esta medida podría llevar al periódico a contratar dos periodistas para realizar los futuros reportajes.<sup>462</sup>

Con relación a esas hipótesis, siempre y cuando la cautela tenga sido adoptada aquém del ideal, generando un lucro indirecto al ofensor, sería posible la condena en daños punitivos valorandose ese lucro y sumandose al daño causado.

---

<sup>460</sup> CALANDRILLO, *idem, ibidem*, p. 38.

<sup>461</sup> POLINSKY, Mitchell A., SHAVELL, Steven, in *Punitive Damages: An Economic Analysis*, *idem, ibidem*, p.907.

<sup>462</sup> POLINSKY, Mitchell A., SHAVELL, Steven, in *Punitive Damages: An Economic Analysis*, *idem, ibidem*, p.907.

De hecho, como vimos, sobrevive la posibilidad, en hipótesis puntuales, del acusado continuar con incentivos para vender el producto defectuoso aunque condenado por el valor máximo que debería haber pagado para evitar el daño, como demostramos con la hipótesis de los neumáticos de repuesto reencauchados.

En estos términos, tenemos que el incentivo en el derecho del consumidor debe ser para la fijación de daños punitivos hasta que se logre el grado ideal de precaución. El bienestar social debe ser pensado no solo en términos económicos, no obstante valorándose todos los factores de la sociedad.

Lo que no puede ocurrir, sin embargo, es la fijación de daños punitivos que ultrapasen los incentivos para la adopción del cuidado necesario, que generaría la supradisuasión. Entendemos que el cuidado es ideal siempre y cuando el producto fabricado o servicio ofrecido no sea considerado defectuoso, en los términos del art. 12, parágrafo 1o y 14, parágrafo 1o del CDC<sup>463</sup>.

En la hipótesis de lesión de un grupo de personas por un producto defectuoso, los daños punitivos deberían ser fijados de manera que se internalice todo el perjuicio causado a las personas.

Así, por ejemplo, entiendo que tratándose de dispositivo de seguridad conocido, por tanto dentro de los padrones técnicos y de conocimiento debe ser quitada la asimetría de información, de modo a que los consumidores sepan los riesgos que incurren en la compra de diferentes productos. No hay como siempre poner los productos con la garantía máxima de seguridad, como vimos, pero hay de haber un rango mínimo que establezca la incolumidad física de los consumidores.

Ese rango mínimo debe ser respetado. Las empresas deben internalizar los costos de su conducta, para que se torne económicamente ventajoso la colocación del producto, aunque disminuya la actividad económica, con la reducción de las ventas por el incremento del valor del automóvil. Finalmente el resultado social es positivo, con la disminución de los riesgos y de los accidentes, repercutiendo positivamente en la sociedad.

Para fines de precaución, como vimos, lo ideal es que en la fabricación y oferta de productos se alcance el grado ideal, notablemente en el ámbito consumista. Así, utilizándose otro ejemplo ilustrativo, en la hipótesis de filtro de agua de baja calidad puesto a la venta, que no realiza la función de forma ideal, para fines de indemnización punitiva debe ser valorado el

---

<sup>463</sup> Sin desatender las hipótesis en que el daño debe ser pensado de forma más amplia, cuando se trata de derechos fundamentales como la vida e integridad física, siendo exigible el nivel de cuidado máximo con base en los conocimientos técnicos-científicos existentes, valorándose el principio de la precaución.



daño causado por la ingesta de agua, bien como el valor de la sustitución por uno que realice la función ideal. Así, al final, se logra la disuasión necesaria, internalizando los costos de los daños causados por el abastecimiento de producto defectuoso.

En efecto, entiendo que en el ámbito consumista debe haber, en verdad, antes de la oferta de bienes de consumo en el mercado, pruebas reiteradas para verificar la seguridad y calidad.

Además, con relación a la alegación de supra-disuasión, lo que se observa de los datos empíricos, pues, es que en realidad la supra disuasión es una preocupación doctrinaria que no se sustenta con bases muy fuertes, una vez que la experiencia enseña que en verdad la aplicación de los daños punitivos ocurre en baja intensidad, y además son limitados y baremados sin corresponder al verdadero daño causado.

De ese modo, como en general son concedidos judicialmente los daños punitivos con baja frecuencia, en regla no afectarían de manera a generar una supra disuasión, pero más una baja disuasión, llevando a que los acuerdos fueron fijados abajo del valor ideal.

Sin embargo, hay doctrinarios que apuntan que el shadow effect causado por las decisiones judiciales sobre los daños punitivos afectan los acuerdos judiciales, por lo que hay posibilidad de supra disuasión, que tal vez no se observara por medio de un estudio empírico de las decisiones judiciales.

Enseñan que en realidad el shadow effect genera un gran número de acuerdos, y que la baja incidencia de condena y valores bajos que son fijados por sentencia son en razón de que las causas de valores más altos llevan a una composición civil, así como las que tiene más probabilidad de procedencia.

Si es así hay sentido en la preocupación doctrinaria con relación a una supra disuasión, pero del mismo modo, cómo ya dicho, la tendencia es que se hagan los calculos y se llegue a un acuerdo o sentencia con base en la probabilidad de escapar la condena. Si hay errores, deben ser combatidos judicialmente, pero no justifican quitar la institución de los daños punitivos. Lo mismo pasa con decisiones que no inciden daños punitivos, pudiendo generar igual una baja disuasión.

Por todo lo expuesto, entiendo que la aplicación de la institución de los daños punitivos facilita la prevención ideal, no habiendo razón para alejar su incidencia, una vez que generados los incentivos para la adopción de la cautela necesaria en la producción y abastecimiento de productos y servicios.

Sin embargo, como veremos, nuestra propuesta que será presentada en el próximo capítulo viene como un medio de evitar que ese posible efecto ocurra, una vez que la medida

específica determinada en sustitución a la indemnización punitiva prescinde de la realización de cálculos, lo que podría llevar a una supra disuasión, apenas determinando que sea rectificado el daño en face de los que fueron afectados por la conducta del ofensor, lo que puede ocurrir, por ejemplo, por medio de un “recall” de vehículos, en la hipótesis de la venta del coche con una pieza rota.

#### **2.7.12- Posición de privilegio y “shadow effect”**

Por último, afirma LOURENÇO que revirtiendo la indemnización punitiva para las víctimas, estas mantendrían una situación privilegiada en las negociaciones, ante la inexistencia de límites en la fijación de la indemnización, previamente establecidos <sup>464</sup>.

En lo que se refiere a la posición de privilegio en la negociación, que según LOURENÇO ocurre, pues la parte acusada no sabe de antemano el máximo de la condena a ser fijada, entiendo que se trata, en realidad, de una demanda judicial como cualquier otra, en que las partes son conocedoras de sus derechos y deberes, y que exceptuando el caso de error judicial, que puede ocurrir en cualquier proceso y es inherente a la propia actividad jurisdiccional, el supuesto ofensor puede, de antemano, prever que el valor de la indemnización punitiva se debe atener al daño social efectivamente causado, para que este pase a internalizar los costos y adoptar el nivel de cuidado necesario. Así, no veo razón para entender que habría para la parte una posición de privilegio, pues el ofendido también puede sucumbir de su pretensión en el hipótesis de acción judicial, y pagar costos y honorarios de abogados para la parte ex adversa.

De hecho, lo que analiza la doctrina es lo que se conoce como shadow effect, que según explica EATON, MUSTARD y TALARICO es “el impacto de los fallos judiciales sobre los procesos que llegan a una composición civil o no son resueltos por un Tribunal” <sup>465</sup>. Según los mismos doctrinarios, algunos critican esos efectos con relación a los daños punitivos alegando que la incertidumbre hace con que los acuerdos hechos sean en valores más grandes que si no hubiera la posibilidad de fijación de daños punitivos.

---

<sup>464</sup> LOURENÇO, Paula Meira, *idem, ibidem*, p. 1084

<sup>465</sup> Eaton, Thomas A; Mustard, David B., Talarico, Susette M. in *The effects os Seeking Punitive Damages on the Processing of Torts Claims*, The Journal of Legal Studies, Vol. 34, No. 2 (June 2005), pp. 343-369.

Explica KOENIG el origen del nombre, afirmando que “The term "shadow effect" is used because the parties are negotiating in the shadow of the legal system”.<sup>466</sup>

No hay dudas que la posibilidad de fijación de daños punitivos, en regla hace con que haya un aumento de los valores de las propuestas de acuerdo por parte de los ofensores. De hecho, si con la fijación de una indemnización simplemente compensatoria solamente se pagaría el perjuicio sufrido por la parte que litiga, en hipótesis de seren debidos daños punitivos los valores pasan a incluir todo el daño generado por el ofensor.

La cuestión es saber si el shadow effect es positivo o negativo. Es decir, es posible que esté mejorando la prevención, con la internalización de los costes, o puede ser que este generando una “overdeterrence”, pues los valores de los acuerdos superon las pérdidas producidas en los consumidores?

La visión es diferente dependiendo de que lado de la demanda está. Como explica KOENIG, “The plaintiffs' attorneys overwhelmingly agreed that punitive damages play an integral role in settling cases fairly and expeditiously. In contrast, defense counsel typically view the presence of punitive damages as skewing and delaying a just settlement”.<sup>467</sup>

Veremos en otro capítulo más detalladamente el tema, cuando analizaremos la cuestión de la sustitución de la indemnización por una tutela específica. La verdad es que el instuto de los daños punitivos debería traer un efecto positivo, haciendo con que lo acuerdos fueron fijados con base en el daño y la probabilidad de escapar la responsabilización. Sin embargo, en razón de las condenas en baja cantidad y intensidad, al revés de lo que sustentan las partes, el “shadow effect” no debería traer un efecto positivo y si negativo, ya que en regla la parte no sería beneficiada por una indemnización punitiva, o esa sería baremada o limitada por el juez. La consecuencia sería bajas ofertas de acuerdos que no internalizarían los costes de las conductas ilícitas

De hecho, dudas no hay que muchos son los límites impuestos por las leyes y jurisprudencia con relación a los daños punitivos, lo que podría generar un efecto contrario y igualmente no necesariamente positivo por medio de la aplicación de la institución, ocasionando “underdeterrence”. Si el “shadow effect” generase un efecto directo y proporcional a los fallos judiciales, la tendencia seria que los acuerdos seguirían el parámetro de las decisiones, generando en regla de “underdeterrence”.

---

<sup>466</sup>KOENIG, Thomas, in *The shadow effect of punitive damages on settlements*, 1998 Wis. L. Rev. 169 1998, p. 171, nota de rodapé.

<sup>467</sup>KOENIG, Thomas, in *The shadow effect of punitive damages on settlements*, 1998 Wis. L. Rev. 169 1998, p.177.

Sin embargo, en razón de la incertidumbre y de que en algunos casos la jurisprudencia fijó la indemnización en altos valores, algunos doctrinarios aducen que la aversión al riesgo lleva a que haya un incentivo para que los acuerdos sean más altos que los daños causados, generando “overdeterrence”.

Analizando el tema vemos que la materia no es simple. Algunos estudios realizados no encontraron relación directa entre los daños punitivos y las propuestas de cambio de legislación. Ojo que aquí no se trata de “shadow effect” con relación a los fallos judiciales, pero un posible con relación a las leyes. Como las leyes podrían cambiar las indemnizaciones por daños punitivos.

Los estudios fueron hechos en Florida por Aetna Life & Casualty Company (Aetna) y St. Paul Fire and Marine Insurance Company. “Aetna concluded that the limitations on punitive damages would have no impact on the 105 cases in its sample” St. Paul Fire and Marine Insurance Company “conducted a parallel study and concluded that only four of the 313 closed claims it examined would have been impacted by any of Florida's five different tort reforms, "for a total effect of about 1 % savings.””<sup>468</sup>.

Por su vez, con relación a los fallos judiciales, estudios llevados a cabo en Alabama por el Business Council of Alabama llegaron a la conclusión que había un shadow effect, y que altos valores concedidos por medio de daños punitivos aumentaban las cuantías pagas en acuerdos.<sup>469</sup>

Pero aquí todavía hay que se preguntar si el efecto es negativo(con la fijación de acuerdos más altos que el debido), o positivo( con la internalización de los costes y con acuerdos más justos).

Un análisis más detallada y específica del shadow effect con base de datos empíricos fue hecha por el Texas State Department of Insurance (TDI), que desde 1988 reúne informaciones sobre procesos de responsabilidad civil, con datos de todos los acuerdos que ocurrieron en varios años. En ese estudio de base empírica no se observó gran influencia de los daños punitivos con relación a los acuerdos.

De hecho, los informes presentados en el estudio concluyen que tiene poca relevancia los daños punitivos en los acuerdos en valores menores que \$25,000, solamente influenciando el acuerdo en 5,5% en el período 1990-1993, con reducción de 7,1% en 1990

---

<sup>468</sup> KOENIG, Thomas, in *The shadow effect of punitive damages on settlements*, 1998 Wis. L. Rev. 169 1998, pp. 178-179. Sin embargo, concluye el doctrinario que la ausencia de shadow effect tendría relación con la alta tasa de mortalidad.

<sup>469</sup> KOENIG, Thomas, in *The shadow effect of punitive damages on settlements*, 1998 Wis. L. Rev. 169 1998, p. 180.

hasta 4.4% en 1993. El aumento de la indemnización en esos casos fue de 12,5% en general<sup>470</sup>.

En los casos en que las indemnizaciones superaron \$25,000 desde 10% hasta 12% de los valores correspondieron a los daños punitivos. Esos datos llevan a la conclusión que hay un parámetro dentro de los acuerdos, un shadow effect que puede ser de origen judicial o mismo de los acuerdos extrajudiciales.

Analizando esos datos, doctrina KOENIG:

“This pattern suggests that claims adjusters and plaintiffs' attorneys have some consistent mental picture of the ordinary composition of claims around which to negotiate settlements. Jurors and judges, on the other hand, have less experience in setting the value of punitive damages when entering a verdict. This finding supports the view of the business community that it is prudent to settle most larger claims because the payout is relatively predictable”<sup>471</sup>. Y concluye que “Economic and non-economic damages are driving settlement, not punitive damages”<sup>472</sup>.

Por lo tanto, si hay un “shadow effect”, ese es muy pequeño. Además, el shadow effect de las demandas judiciales puede no ser tan relevante como de los propios acuerdos celebrados.<sup>473</sup>

No son diferentes los resultados en los casos en que las sumas los acuerdos superan \$200,000, con el porcentaje de apenas 5,2% de acuerdos en razón de los daños punitivos, y un incremento de 4.8% en la indemnización en razón de esos daños.<sup>474</sup> Lo mismo resultado se observa en indemnizaciones superiores a \$1million, donde el porcentaje de daños punitivos en la indemnización es en la media de 6,7%<sup>475</sup>.

De todos los modos, como observamos, aunque no tan expresivo, hay un shadow effect que revela un aumento de número de acuerdos y una elevación de los valores cuando hay un pedido de daños punitivos, que puede se relacionar con las decisiones judiciales o mismo con los otros acuerdos celebrados.

Otra investigación que teve resultados similares fue hecha por G. ISO 27-State Study que llegó a la conclusión similares, de que hay un shadow effect, aunque en pequeña

---

<sup>470</sup> KOENIG, Thomas, in *The shadow effect of punitive damages on settlements*, 1998 Wis. L. Rev. 169 1998, pp.190-191.

<sup>471</sup> KOENIG, Thomas, in *The shadow effect of punitive damages on settlements*, 1998 Wis. L. Rev. 169 1998, p.193.

<sup>472</sup> KOENIG, Thomas, in *The shadow effect of punitive damages on settlements*, 1998 Wis. L. Rev. 169 1998, p.193.

<sup>473</sup> KOENIG, Thomas, in *The shadow effect of punitive damages on settlements*, 1998 Wis. L. Rev. 169 1998, p.193.

<sup>474</sup> KOENIG, Thomas, in *The shadow effect of punitive damages on settlements*, 1998 Wis. L. Rev. 169 1998, p.194

<sup>475</sup> KOENIG, Thomas, in *The shadow effect of punitive damages on settlements*, 1998 Wis. L. Rev. 169 1998, p.194

cantidad. Fueron analizados reclamaciones de errores medicos con pedido de indemnizaciones de \$25,000 o más, en 27 estados en 1983. Fueron pedidos daños punitivos en 10% de las acciones, resultando en un shadow effect en esas acciones de 8%, y de un poco más de 1% analizando todo el conjunto<sup>476</sup>.

En otro estudio hecho por el mismo Órgano, ahora sin limitación de valores, analizando los casos de la primera semana de agosto de 1987 se observó que hubo un incremento de la indemnización en 11% en los pedidos de daños punitivos y con un total general de incremento en todas las acciones de 1%<sup>477</sup>.

Es decir: los daños punitivos influyen los acuerdos, sea por el shadow effect generado por las decisiones judiciales, sea por un parámetro que es seguido en razón de otros acuerdos. Lo que se percibe, sin embargo, es que no se trata de una influencia muy grande, una vez que los valores de las indemnizaciones suben en poco monto y en poca intensidad, analizando la media de las composiciones civiles hechas.

De todos los modos, aunque algunos doctrinarios vean en ese efecto producido una consecuencia mala, entiendo que en regla es positivo, pues hace con que se agregue a las indemnizaciones los daños producidos en la sociedad, de modo a internalizar los costes y incentivar que se adopte la disuasión ideal.

Además, por los datos investigados observase que es posible que ese shadow effect generado no esté atingiendo el objetivo supra explicado, siguiendo un parámetro de las decisiones de una baja disuasión.

Como veremos, nuestra propuesta atinge favorablemente esa cuestión, evitando una baja o supra disuasión, una vez que al realizar las negociaciones para el acuerdo, hay conocimiento que el parámetro de daños que se puede enfrentar en juicio serían los daños efectivamente sufridos por la sociedad, no habiendo receo en condenaciones más altas. De ese modo, acuerdos que generarían una “overdeterrence” no serían celebrados. Y la tendencia es que ellos sean más efectivos en atingir la prevención ideal.

Pasemos ahora a analizar algunas soluciones apuntada por la doctrina para algunos de los problemas que están relacionados con la institución de los daños punitivos y fueron descriptos arriba.

---

<sup>476</sup> KOENIG, Thomas, in *The shadow effect of punitive damages on settlements*, 1998 Wis. L. Rev. 169 1998, p.201

<sup>477</sup> KOENIG, Thomas, in *The shadow effect of punitive damages on settlements*, 1998 Wis. L. Rev. 169 1998, p.201.

## 2.8. Soluciones propuestas por la doctrina

### 2.8.1. Fondo específico

Una de las soluciones señaladas por la doctrina con el objetivo de apartar los cuestionamientos sobre los problemas que presenta la institución sería la creación de un fondo específico con destinación de la cuantía fijada a título de daño punitivo, o de la remesa a una agencia estatal, de parte del valor indemnizatorio. De ese modo, evitase la alegación de inconstitucionalidad, por ejemplo, en consecuencia, de un enriquecimiento sin justa causa, se reducen los incentivos sin reducir el efecto disuasorio y se distribuyen las ganancias a toda la sociedad.

Según LOURENÇO, la doctrina americana se divide, con relación al beneficiário, teniendo algunos como SALES, COLE y GRUBE el entendimiento que debería ser destinado en su totalidad al Estado, en cuanto a OWEN y BRESLO opinan por la división entre el Estado y el lesionado.<sup>478</sup>

Enseña SHARKEY que los Estados empezaron a hacer esa destinación en los años 80<sup>479</sup>. En los Estados Unidos esta es una de las opciones señaladas por la legislación de 13(trece) Estados, conforme aclara CODERCH<sup>480</sup>, remitiendo entre 50% a 75 % del valor fijado a este título, para fines de limitación de los daños punitivos, además de las hipótesis de baremo ya vistas<sup>481</sup>.

Además, como fue consignado en líneas anteriores, en Georgia, Indiana y Iowa<sup>482</sup> 75% de la indemnización punitiva va para los fondos estatales, siendo en Georgia apenas esta regla destinada a las hipótesis de responsabilidad del producto (responsabilidad del producto)<sup>483</sup>; Alaska, Missouri<sup>484</sup> y Utah determinan que el 50% de esta especie de condena sea

---

<sup>478</sup> LOURENÇO, idem, ibidem, p. 1084. En nota de pie de página: "JAMES B. SALES e KENNETH B. COLE, JR, "Punitve Damages", cit. p. 1170, y E. JEFFREY GRUBE, "Punitve Damages: A Misplaced Remedy" S.C.L.R., 1993, p. 843, defienden que la cuantía impuesta por daños punitivos debe ser, en su totalidad entregada al Estado. Otros autores defienden su repartición entre el lesionado y el Estado, como DAVID G. OWEN ("The Moral Foundatios of Punitive Damages", Ala. L. Rev., Vo. 40, no. 3, 1989, p. 737) y JAMES A. BRESLO ("Taking the Punitive", cit., p. 1167, e "An economic analysis, cit., p. 1911).

<sup>479</sup> SHARKEY, Catherine M., in *Punitive Damages as Societal Damage*, The Yale Law Journal, Volume 113, 2003-2004, Number 2, November 2003, p. 375.

<sup>480</sup> CODERCH, idem, ibidem, p. 143

<sup>481</sup> Según SHARKEY los Estados que contienen previsión de destinación de parte de la indemnización a si son Alaska, Georgia, Illinois, Indiana, Iowa, Missouri, Oregon, y Utah, y que Colorado, Flórida, Kansas y New York tuvieron por un período previsión similar. SHARKEY, Catherine M., in *Punitive Damages as Societal Damage*, The Yale Law Journal, Volume 113, 2003-2004, Number 2, November 2003, p. 373.

<sup>482</sup> Después el pago de costos y tasas. BRESLO, James A., idem, ibidem, p. 1134.

<sup>483</sup> BRESLO no hace esa corrección, apenas afirmando que, en Georgia, 75%, retirando los costos de la litigación y de los abogados van para el Estado. BRESLO, James A, idem, ibidem, p. 1133

destinada a fondos estatales; en Illinois <sup>485</sup> la destinación queda a discreción del órgano juzgador, y en Oregon <sup>486</sup> de los 40% destinados al autor de la acción, 60% va para la Cuenta de Compensación por Lesiones Penales <sup>487</sup>.

Por sua vez, esclarece ROBREDO que nos Estados de Florida, Colorado, Georgia, Iowa, Missouri, Illinois, Utah, Oregon y New York foi limitada a quantia a ser paga a título de daños punitivos à parte, destinando o excedente a um Fundo Estatal ou entidade pública. <sup>488489</sup>

En Kansas, en el caso de error médico, está la división entre la parte autora y el Estado, que lo destina al Fondo de estabilización del cuidado de la salud. BRESLO afirma que en Colorado, un tercio de los daños punitivos van para un fondo general del Estado. <sup>490</sup>

Es en ese sentido lo que resultó de la investigación hecha por SHARKEY. Enseña que “the split-recovery schemes differ with respect to where the money (other than the portion retained by the plaintiff) is directed. In Alaska, Georgia, and Utah, the state’s portion is deposited into a general revenue fund. Other states have set up specialized funds. For example, Missouri deposits its portion into a fund designed to compensate tort plaintiffs

---

<sup>484</sup> Según BRESLO, después del pago de los costos y honorarios de los abogados, se destina al Fondo de indemnización de víctimas de agravios, siendo que la otra mitad va para el autor de la acción. BRESLO, James A., *Taking the Punitive Damages Windfall Away from the Plaintiff: An Analysis*. 86 Nw. U. L. Rev. 1130 1991-1992, p. 1134

<sup>485</sup> Según LOURENÇO, un porcentaje en Illinois es destinado al Departamento de Servicios de Rehabilitación. LOURENÇO, Paula Meira, *idem, ibidem*, p. 1084. Para BRESLO, la discrecionalidad envuelve la remesa de los valores para el autor, el abogado y el Departamento de Servicios de Rehabilitación de Illinois, siendo que no puede exceder el contrato de honorários.

<sup>486</sup> Según BRESLO, James A., *idem, ibidem*, p. 1134, después de deducir los honorarios de los abogados, hay repartición de la indemnización punitiva entre el autor y la Cuenta de Compensación por Lesiones Criminales, salvo si la parte vencedora es una entidad pública, que queda favorecida con la indemnización punitiva.

<sup>487</sup> SEBOK, Anthony J., in *Punitive Damages in the United States*, em KOZIOL, Helmut e WILCOX, Vanessa (eds), *Punitive Damages: Common Law and Civil Perspectives*, Tort and Insurance Law, vol. 25, SpringerWeinNewYork, p.176-177.

<sup>488</sup> Según LOURENÇO, un porcentaje en la Florida es destinado al Fondo Fiduciario de Asistencia Médica Pública, siendo que en los Estados de Iowa y Kansas existen legislaciones que determinan una remesa de parte de la indemnización a los Estados o a la institución pública LOURENÇO, Paula Meira, *idem, ibidem*, p. 1084. Según SHARKEY los Estados que contienen previsión de destinación de parte de la indemnización a si son Alaska, Georgia, Illinois, Indiana, Iowa, Missouri, Oregon, y Utah, y que Colorado, Flórida, Kansas y New York tuvieron por un período previsión similar. La de Florida terminó en 1995. SHARKEY, Catherine M., in *Punitive Damages as Societal Damage*, The Yale Law Journal, Volume 113, 2003-2004, Number 2, November 2003, pp. 373-374.

<sup>489</sup> ROBREDO, Goretty Vadillo, in *Daños punitivos en el proceso civil norteamericano*, Estudios de Deusto, Revista de la Universidad de Deusto, Segunda época, vol. 44/2, Desde su fundación vol. 57, Fasc.97, Julio-Diciembre 1996, Bilbao, pp.203-204.

<sup>490</sup> En la Florida, 60% va para un fondo estatal o para el Fondo Fiduciario de Asistencia Médica Pública. BRESLO, James A., *idem, ibidem*, p. 1134 Según SHARKEY los Estados que contienen previsión de destinación de parte de la indemnización a si son Alaska, Georgia, Illinois, Indiana, Iowa, Missouri, Oregon, y Utah, y que Colorado, Flórida, Kansas y New York tuvieron por un período previsión similar. La de Florida terminó en 1995. SHARKEY, Catherine M., in *Punitive Damages as Societal Damage*, The Yale Law Journal, Volume 113, 2003-2004, Number 2, November 2003, pp. 373-374.



unable to collect judgments from insolvent defendants. In similar fashion, other states have designated specific recipients: a Violent Crimes Compensation Fund (Indiana); a Civil Reparations Fund (Iowa); and a Criminal Injuries Compensation Account (Oregon).<sup>491</sup>

En Illinois no hay regla muy definida por la destinación, que puede ser para el Estado o un Fondo especializado, generalmente el Department of Human Services.<sup>492</sup>

Hay que señalar que las leyes que disciplina esa destinación no olvidan la cuestión de los incentivos de las partes y abogados para la litigación, especialmente en lo que hace referencia a los honorarios de estos. Establecen algunas leyes que deberán ser pagos con base en toda la indemnización fijada, antes de destinación al fondo. Sin embargo, en Indiana y Oregon pasa lo contrario, con la repartición de la cuantía para el Estado y pago del abogado con base en la parte destinada a la parte, y en Illinois la decisión es del Tribunal competente.<sup>493</sup>

Con relación a la legitimación para hacer esa repartición, explica la misma doctrina que no solamente leyes hacen esa destinación, pero hay fallos judiciales que sin tener base legal lo están haciendo. Así, la Suprema Corte de Ohio destinó parte de los daños punitivos a la caridad<sup>494</sup>. Al revisar un fallo judicial, fijó en \$30 millones de dólares la indemnización punitiva en razón de la negativa de reembolso de la aseguradora de los valores pagos por el tratamiento de su mujer para el cáncer, y determinó que solamente un tercio iría para la parte, sin base legal para eso. Lo que quedaba iría para el pago de abogados y para un Fondo de pesquisa contra el cáncer<sup>495</sup>.

Uno de los fundamentos con el objetivo de legitimar esta conducta es el hecho que, si los daños punitivos visan maximizar el lucro de toda la sociedad, evitando la reiteración de la conducta lesiva y el enriquecimiento sin justa causa, el ideal es que su destinación se de en favor de esta masa.<sup>496</sup>

---

<sup>491</sup> SHARKEY, Catherine M., in *Punitive Damages as Societal Damage*, The Yale Law Journal, Volume 113, 2003-2004, Number 2, November 2003, p. 379.

<sup>492</sup> SHARKEY, Catherine M., in *Punitive Damages as Societal Damage*, The Yale Law Journal, Volume 113, 2003-2004, Number 2, November 2003, p. 379.

<sup>493</sup> SHARKEY, Catherine M., in *Punitive Damages as Societal Damage*, The Yale Law Journal, Volume 113, 2003-2004, Number 2, November 2003, p. 379.

<sup>494</sup> "...the Ohio Supreme Court recently directed a portion of a punitive damages award to a court-established charity, thus heading off the debate—considered previously by courts in Alabama, California, and Texas—over whether it is within courts' inherent remedial authority to allocate a percentage of the punitive award to a state- or court-administered fund, even in the absence of a statute expressly authorizing them to do so". SHARKEY, Catherine M., in *Punitive Damages as Societal Damage*, The Yale Law Journal, Volume 113, 2003-2004, Number 2, November 2003, p.374.

<sup>495</sup> SHARKEY, Catherine M., in *Punitive Damages as Societal Damage*, The Yale Law Journal, Volume 113, 2003-2004, Number 2, November 2003, pp.380-381.

<sup>496</sup> SHARKEY, Catherine M., in *Punitive Damages as Societal Damage*, The Yale Law Journal, Volume 113, 2003-2004, Number 2, November 2003, pp.380-381.

De hecho, explica SEBOK que “Una variación de este fundamento es el argumento del Profesor Catherine Sharkey que, donde el daño del acusado puede perjudicar a múltiples víctimas, los daños punitivos que el Estado ha tomado bajo la figura de recuperación debe reembolsar los daños sufridos por la sociedad como resultado del acto indebido”.<sup>497</sup>

En ese aspecto, como veremos con más detalles, la propuesta que se presentará en ese trabajo alcanza con más efectividad ese objetivo, pues los daños punitivos al revés de se destinaren todos al demandante, serían repartido a todos los lesionados, alcanzando la compensación de las lesiones y además, como ya explicitados trayendo otros efectos positivos, como la reducción de las demandas judiciales.

Un otro motivo para el surgimiento de esa repartición de la indemnización sería el de reducir los incentivos de las demandas por daños punitivos. Explica SHARKEY que en Illinois ha surgido como una reacción contraria a los daños punitivos, para quitar el incentivo de las personas iren a juicio buscalos. No es diversa los motivos que hicieron surgir esas normas en Alaska.<sup>498</sup>

En esos términos la entrega de parte de la indemnización al Estado o a un Fondo específico actua como un decoupling, que ocurre cuando los gaños del ofendido por la decisisón judicial son diversos de lo que paga el ofensor. El decoupling tiene inspiración en la teoría económica, y busca reducir los costes sociales del proceso, disminuyendo los incentivos para la litigación, de un lado, sin reducir la adopción de la cautela ideal, de otro.

Sin embargo, como veremos, la aplicación del decoupling no se limitaría a destinar parte de la indemnización al Estado o Fondos, con algunos doctrinarios como POLINSKY y CHE defendiendo la posibilidad de que se fijara una indemnización hasta más grande que el daño causado de manera a reducir la litigiosidad y generar un resultado social más positivo.

De todos los modos, esa cuestión será mejor analizada en el proximo capítulo, donde presentaremos la tesis defendida de sustitución de la indemnización punitiva por una tutela específica, que actuaría de alguna manera igualmente como un decoupling, pero alcanzando un resultado mas positivo.

---

<sup>497</sup> SEBOK, Anthony J., in *Punitive Damages in the United States*, em KOZIOL, Helmut e WILCOX, Vanessa (eds), *Punitive Damages: Common Law and Civil Perspectives*, Tort and Insurance Law, vol. 25, SpringerWeinNewYork, pp.177-178

<sup>498</sup> SHARKEY, Catherine M., in *Punitive Damages as Societal Damage*, The Yale Law Journal, Volume 113, 2003-2004, Number 2, November 2003, p.376.

De hecho, además de reducir los costes del proceso, actúa más favorablemente pues tutela el derecho subjetivo de todos los lesionados, lo que no ocurriría en la hipótesis de destinación a un Fondo.

Hay igualmente el motivo de arrecadación como razonamiento para la destinación al Estado de parte de la indemnización. De ese modo, era esa la razón para la ley de Flórida, ahora revocada, así como la de Geórgia que sigue activa.<sup>499</sup>

Otro razonamiento que legitima esa destinación es el objetivo de evitar el enriquecimiento sin causa de la víctima. Como vimos, entendemos que el aumento patrimonial del ofendido no genera enriquecimiento sin causa, pero si enriquecimiento justificado por la aplicación de la teoría de los daños punitivos, y las normas y principios legales y constitucionales existentes.

Sin embargo, si se entendiera de modo diverso, la destinación al fondo o al Estado de parte del presupuesto no sería suficiente para apartar alegación de enriquecimiento injustificado, pues admite que esta obtenga parte del valor fijado a título de indemnización punitiva, tropezándose, por tanto, aunque en relación a una cuantía reducida, en la misma algarabía.

Ciertamente, o se entiende como algunos afirman, que no se trataría de enriquecimiento sin justa causa, por tratarse de un lucro justificado, una recompensa por haber sido parte de un juicio y postular su derecho que, sin embargo, acaba por beneficiar a toda la sociedad,<sup>500</sup> o, aunque, como sustentamos, que el aumento patrimonial viene sufragado por normas jurídicas, por lo que no hay enriquecimiento injustificado, pero si amparado por el derecho, o apenas con la destinación total de la cuantía al fondo específico se alejaría de la alegación de posible enriquecimiento injustificado por parte de la víctima.

Nuestra propuesta, por consiguiente, supera este cuestionamiento, como veremos, pues lo que se fijará en la decisión judicial no será una cuantía a título de daños, pero si la realización del acto que alcanzará el resultado práctico equivalente, otorgando in natura a los objetivos, y a la sociedad, la prestación jurídica necesaria a fin de alcanzar la disuasión necesaria, internalizar los costes, evitar el enriquecimiento ilícito del ofensor, y la reiteración de conducta lesiva.

---

<sup>499</sup> SHARKEY, Catherine M., in *Punitive Damages as Societal Damage*, The Yale Law Journal, Volume 113, 2003-2004, Number 2, November 2003, p.377.

<sup>500</sup> Puesto que con la amenaza de imposición de daños punitivos los proveedores de productos y servicios pasarían a internalizar los costos y a adoptar un nivel mayor de cuidado, generando menos daños.

A ejemplo, en la hipótesis de tarifa abusiva cobrada de corretistas, la propuesta es de sustitución de la indemnización punitiva por la medida específica, determinando la devolución del valor para todos los que encajarían como víctimas de la conducta abusiva<sup>501</sup>.

En este paso, esa forma de interpretación legal, de los dispositivos normativos, por medio de la aplicación de la tutela específica viene, justamente, en favor de la mayor efectividad de la medida punitiva, sin toparse en esta vedación del enriquecimiento sin causa.

### **2.8.2. Arbitraje**

Otra solución señalada por la doctrina sería la de dejar al arbitraje la resolución de las demandas. El arbitraje aparecería como una manera de conseguir calcular de manera más específica el quantum indemnizatorio con posibilidad de efectuar la disuasión más autorizada, una vez que se trata de resolución de disputas con árbitros que tienen conocimientos técnicos más específicos sobre la materia en cuestión.

No obstante, vimos que el cálculo de este tipo de indemnización envuelve diversas variables difíciles o imposibles de ser calculadas, como la repercusión en la sociedad de la conducta lesiva, principalmente en las lesiones de masa, en que difícilmente son identificados los lesionados, así como el nivel de utilidad del acto intrínseco al ofendido, que hacen parte del cálculo indicando la extensión del daño causado.

Además de la dificultad de identificar las víctimas para fines de cálculo, entran igualmente en la ecuación el número de indemnizaciones ya concedidas y de posibles acciones en curso versando sobre el mismo tema.

En este paso, entiendo que la opción por el arbitraje apenas retira el juicio del ámbito del Poder Judicial, y no resuelve la cuestión, llevando al sector de arbitraje todas las dificultades del sistema.

### **2.8.3. Transferencia de los valores a una cuenta bancaria específica.**

Conforme fue señalado líneas arriba, entendemos que la fórmula propuesta por Polinsky y Shavell de multiplicación de daños compensatorios por el inverso de la probabilidad de responsabilización encuentra obstáculos por la propia variable a ser analizada.

---

<sup>501</sup> Aquí admitimos la devolución en doble de razón del lucro obtenido.

Como identificar la probabilidad de enjuiciamiento, si no se sabe ni cuales de los daños fueron efectivamente perpetrados, bien como los lesionados? Como identificar esa variable si hay la posibilidad de acciones y acuerdos otros posteriores?

Ciertamente la dificultad de identificación e individualización del daño es dispersa, y en algunos casos pueden presentarse años después del hecho perpetrado, como en la hipótesis de cáncer por la utilización y contacto con productos tóxicos como amianto o cigarrillo. Otra hipótesis de difícil individualización suele ocurrir en los daños ambientales, como, por ejemplo, con el derrame de un producto tóxico en el mar. ¿Como individualizar el perjuicio al medio ambiente, con la muerte o disminución de peces, o mismo a los que se beneficiaban de estos, como los pescadores? Además de la disminución de peces, probablemente serían afectadas las ventas de los productos, por estaren relacionadas al daño, ocasionando la caída del precio y demanda. Trátanse de daños difusos, colectivos e individuales homogéneos, muchas veces ínfimos, que dificultan enormemente la cuantificación de esta variable.

En algunos momentos esta identificación sería más factible que en otras. Utilizando los ejemplos anteriormente citados, entiendo que sería de fácil configuración en la hipótesis de venta de carro con neumáticos de repuesto usados, con identificación precisa del número de vehículos vendidos con ese problema, siendo menos factible su viabilidad con relación a los daños ambientales descritos.

De todos los modos más fácil que hacer el cálculo es determinar, por ejemplo, la descontaminación del área por medio de una tutela específica.

A su vez, aunque identificados todos los elementos para el cálculo, como el número de lesionados y de acciones juzgadas, en que momento sería posible el cálculo de esta variable? Salvo si se prueba que el juicio de las demandas se hace de forma lineal, el único momento viable sería cuando prescritas las demais acciones, so pena de tener un cálculo estimado, y muchas veces distorcionado.

Es decir, valiéndose del ejemplo simple de las llantas reencauchadas, salvo en el momento que la acción fuera juzgada cuando ya ha transcurrido el plazo de prescripción, se sabría la probabilidad de la parte de escapar a la responsabilización.

Así, en la hipótesis de conseguir identificar las variables, aún así la probabilidad de condena solo podría ser calculada en el último día del plazo de prescripción.

Debido a que no hay como obligar a la parte que enjuicie la acción, otras soluciones deben ser buscadas por la doctrina.

Con la reparación *in natura* no se vacía totalmente el problema del cálculo, pues sigue la posibilidad de daños otros que no pueden ser reparados, pero si reduce el problema.

Una de las hipótesis que traemos a colación, que es igualmente sufragada por POLINSKY y SHAVELL, sería la creación de una cuenta corriente específica vinculada a los juicios, para donde serían remitidos los valores fijados a título de daños punitivos.

En ese paso, ante el conocimiento efectivo del número de acciones juzgadas, se fijarían daños punitivos valorándose el daño compensatorio multiplicado por el número de acciones no juzgadas, llegando a ser un número exacto. Tal vez una opción fuera remitir esta indemnización a una cuenta específica, que sería reservada al pago de eventuales indemnizaciones posteriormente concedidas, hasta que ocurriera la prescripción, cuando entonces volverían aquellos que enjuiciaron la acción, prorrateando la cuantía proporcionalmente.

Esa parece ser una de las opciones propuestas por POLINSKY y SHAVELL, que afirman:

“Una forma de evitar el problema de los daños excesivos cuando hay múltiples demandas es usar cuentas de depósito en garantía para daños punitivos. Bajo este enfoque, el acusado pagaría los daños punitivos en una cuenta de depósito en garantía, en lugar de pagarlos inmediatamente a la demandante. Si, con el tiempo, más demandantes traen demandas de lo que el tribunal ha anticipado, los daños a los demandantes se pueden financiar a partir de la cuenta de depósito en garantía en lugar de cargar a la parte demandada. De esta manera el acusado no será obligado a pagar más en daños totales que el daño causado. Si, en una cierta fecha de terminación natural, los fondos permanecen en la cuenta de garantía, pueden ser distribuidos a los demandantes cuyos daños punitivos han sido colocados en custodia”<sup>502</sup>

Sugerindo un procedimientno específico para la resolución del problema de los daños punitivos y los daños sociales, SHARKEY igualmente trae la posibilidad de creación de un Fondo para que los autores que persigan sus derechos individualmente puedan acesarlo sin que ocurra un escenario de “overdeterrence”:

“At the same time, defendants would not be at risk—at least with respect to the societal damages portion of punitive damages—for multiple separate assessments of these damages. Should an individual choose instead to pursue his or her own separate litigation, then the portion of the fund allocated to his or her injuries would either be held in escrow

---

<sup>502</sup> POLINSKY, Mitchell A., SHAVELL, Steven, in *Daños Punitivos: An Economic Analysis*, *idem, ibidem*, p. 925.

pending resolution of the claim, and then used to offset any damages awarded in the litigation, or else returned to the defendant.”<sup>503</sup>

Para fines de fijación aproximada, podría el magistrado valorar la fórmula presentada por POLISNKY y SHAVELL, de manera que condene el ofensor en daños punitivos. Para fines de cálculo, la parte acusada tendría la carga de reunir en los autos, informaciones sobre procesos en curso o ya juzgadas, de manera a la no ocurrencia de bis in idem, valorándose las condenaciones anteriores para analizar la probabilidad de la parte ser responsabilizada.

No obstante, por tratarse de un cálculo aproximado, dada la posibilidad de ser juzgadas otras acciones, el valor fijado debería ser depositado en una cuenta vinculada a los juicios, en virtud del pago de la indemnización punitiva hasta el transcurso de todo el plazo de prescripción.

Es decir: eventual condenación sería recaudada en una cuenta única, para que cuando terminada la prescripción fuese prorrateada la indemnización entre aquellos que enjuiciaron la acción, y tuvieron a su favor la condenación punitiva. Las indemnizaciones compensatorias podrían ser pagas valiéndose de este recurso, aunque el plazo de prescripción aún este corriendo.

Para fines de fijación del valor adecuado en cada proceso individual, por cierto que la carga de interés es de la parte del acusado en informar en los autos eventual condenación pretérita en su contra, para que el juicio pueda realizar el cálculo más ecuánime en la fijación de los valores.

De cualquier forma, esta cuenta quedaría accesible a los órganos juzgadores, y cuando de la fijación de daños punitivos en procesos individuales, podría ser consultada, de forma que no sean fijados por encima o por debajo para generar la disuasión necesaria.

En otras palabras, tenemos aquí diversos factores que deberían ser analizados inicialmente por el juez para fines de fijación de daños punitivos y remesa a la cuenta judicial. En un primer momento, se hace imprescindible para fines de cálculo de la indemnización punitiva el conocimiento previo de los daños y de los lesionados, lo que se torna materia de difícil prueba, en algunos ámbitos, como en la hipótesis de daños al medio ambiente. En el ámbito consumista esto también se puede revelar, cuando, por ejemplo, hay venta de productos defectuosos o tóxicos, que pueden generar un daño personal a las víctimas y terceros.

---

<sup>503</sup> SHARKEY, Catherine M., in *Punitive Damages as Societal Damage*, The Yale Law Journal, Volume 113, 2003-2004, Number 2, November 2003, pp. 408-409.

En la secuencia, se hace necesario cuando de la fijación de los daños la verificación de eventuales acciones ya juzgadas procedentes, cuyo cargo de la prueba compete a la parte acusada, para fines de fijación de los daños punitivos.

Después la condenación, la cuantía debería ser remitida a una cuenta judicial propia, de forma que los demás interesados que juzgaron su acción individual aún en curso, o que vengan a ajuiciar dentro del plazo de prescripción, puedan también ser beneficiados con la cuantía fijada a título de daños compensatorios y punitivos.

No obstante, los valores debidos a título de daño punitivo solo deberían ser pagos cuando termina la prescripción, y el prorrateo de esa cuantía debería ser realizado ecuaníme entre los beneficiados en sus acciones individuales por daños punitivos.

De ese modo se evitaría la supra-disuasión y la baja disuasión, posibilitando la condenación en punitivos en cualquier momento procesual, y no solo cuando haya prescripción de la pretensión, destinando la cuantía a una cuenta específica. Las demás acciones juzgadas posteriormente se valdrían de este quantum ya predeterminado, hasta que se termine la prescripción, en ese momento entonces sería dividido proporcionalmente entre aquellos que ajuiciaron la acción respectiva, e tuvieron el juicio de procedencia de la acción. Parte de la indemnización sería utilizada para el pago de la indemnización compensatoria en procesos juzgados terminados después de la condenación pretérita.

De cualquier forma, se trata de solución que lleva en sí diversos obstáculos, algunas veces de difícil superación, como identificación de todos los daños y lesionados. A su vez, superando este obstáculo, la cuantificación del daño sigue siendo materia de dificultad práctica.

Es en esta perspectiva que proponemos, como veremos en líneas adicionales, la sustitución de la indemnización punitiva por una tutela específica, de modo que haya la recomposición de los daños, con la restitución al status quo ante, y la prohibición de adopción de conducta semejante, so pena de multa diaria. De esa forma entendemos que habría la recomposición de los daños de manera más efectiva, generando la disuasión necesaria.



### 3. Propuesta: sustitución de la indemnización punitiva por tutela específica.

#### 3.1. Tutela específica: concepto<sup>504</sup>

Tutela específica, de acuerdo con lo que aclara PISANI, “si indica quella tutela diretta a fare conseguire al titolare del diritto quelle stesse utilità garantitegli dalla legge(o dal contratto) e non utilità equivalenti(...) ed è caratterizzata, oltre dal fatto che si realizza tramite l'esecuzione forzata in forma specifica(...), dalla circostanza che spesso si realizza anche tramite la previsione di ipotesi espresse di tutela inibitoria(...)”.<sup>505</sup>

La doctrina española tiene definiciones variadas sobre la reparación en la forma específica. Así, DE ANGEL YÁGUEZ afirma que “la reparación en forma específica consiste en la remoción de la causa del daño y en la realización de la actividad necesaria para reponer las cosas o bienes dañados a su estado primitivo”<sup>506</sup>. Para PUIG BRUTAU “la reparación o reintegración en forma específica impone al autor del daño la obligación de crear una situación material que sea la reproducción de la que existía antes de haberse ocasionado el daño”<sup>507</sup>. LA CRUZ la define como la reposición al perjudicado en una situación igual a la que existía antes de la causación del perjuicio.<sup>508</sup> Según CONCEPCIÓN RODRIGUEZ, la reparación en forma específica tiene lugar cuando se tiende a la remoción de la causa del daño y a la realización de la actividad necesaria para reponer la cosa o los bienes dañados a su estado primitivo.<sup>509</sup> Para SANTOS BRIZ, esta forma de reparación consiste en reintegrar la esfera lesionada a su estado anterior a la causación del daño. En el mismo sentido y

---

<sup>504</sup> Aquí descartamos el entendimiento de parte de la doctrina alemana que interpreta la reparación en forma específica o pago de la indemnización equivalente al valor necesario para reparar el daño, manteniéndonos a lo considerado por DE CUPIS, que entiende que “la expresión “resarcimiento o reparación in natura” supone precisamente, desde un punto de vista negativo, la exclusión del dinero como medio de subrogación”. DE CUPIS, Adriano: *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*(Trad. Martínez Sarrión), Bosch, Barcelona, 1975, p.830 *apud* GUTIERREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 233.

<sup>505</sup> PISANI, Andrea Proto, in *Brevi note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria*, *Foro it.*, 1983, V, p. 128.

<sup>506</sup> DE ÁNGEL YÁGUEZ, R. in *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1993, p. 907, *apud* GUTIERREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 28.

<sup>507</sup> PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, Vol. III. 4a ed., Bosch, Barcelona, 1991, p. 190-191, *apud* GUTIERREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 28.

<sup>508</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Nociones de Derecho Civil patrimonial e introducción al Derecho*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 489, *apud* GUTIERREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 28.

<sup>509</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Nociones de Derecho Civil patrimonial e introducción al Derecho*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 489, *apud* GUTIERREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 28.

términos<sup>510</sup>, para NAVIERA ZARRA, consiste en restablecer la situación que existía con anterioridad a la producción del daño.<sup>511</sup> Para MARTINS CASALS, la reparación en forma específica significa que el responsable está obligado a reponer-en la medida de lo posible- el estado original que existiría sin el evento dañoso<sup>512</sup>.

La tutela específica surge como una consecuencia ineluctable del propio ordenamiento jurídico, dada la necesidad de satisfacción con plenitud del derecho subjetivo perseguido en juicio.

Conforme explica PISANI, “es suficiente que el derecho civil(...) prevea una situación subjetiva de pretensión y obligación, para que el relativo titular pueda actuar en juicio para su tutela sin la necesidad de ninguna norma (sustancial o procesal) que autorice la acción”.<sup>513</sup>

Es decir, transcurre de la publicización del proceso, que solamente permite garantizar la entrega del bien de la vida por medio del Estado, la correspondiente necesidad que el propio Estado ponga a disposición mecanismos eficientes para la entrega del bien de la vida previsto en normas de derecho material.

En realidad, se puede concluir más, que no hace falta siquiera que los códigos procesales engloben todas las posibles soluciones en la búsqueda para la satisfacción del derecho, surgiendo del propio ordenamiento jurídico la posibilidad de requerir la adopción de medidas de modo a la entrega del bien de la vida perseguido en juicio.

De hecho, una vez entregue al Estado la exclusividad sobre la prestación jurisdiccional, debe el Estado-Juez satisfacer la pretensión del titular del derecho, del modo previsto en la norma sustantiva, sea por medio de previsiones específicas, sea por medio de la interpretación del sistema judicial.

Como afirma PISANI, el proceso es instrumental al derecho material, debiendo ser efectiva la tutela judicial como contrapartida de la prohibición de hacer justicia por si mismo.<sup>514</sup>

---

<sup>510</sup> SANTOS BRIZ, Jaime: Comentarios al art. 1902, en “Comentarios al Código Civil, T. XXIB, EDESA, Madrid, 1984, p. 188 *apud* GUTIERREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 29.

<sup>511</sup> NAVIERA ZARRA, Maita María, in *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, EDESA, Madrid, 2006, p. 211, *apud* GUTIERREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 29.

<sup>512</sup> MARTÍN CASALS, Miquel: Principios de Derecho Europeo de la responsabilidad civil (Traducción a cargo de la REDPEC), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, *apud* GUTIERREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 29.

<sup>513</sup> PISANI, Andrea Proto, in *La tutela jurisdiccional*, Palestra, Lima:2014, p. 64.

<sup>514</sup> PISANI, Andrea Proto, in *La tutela jurisdiccional*, Palestra, Lima:2014, p.68

A su vez, concretizando esta interpretación del sistema jurídico-político, la disposición constitucional y garantía fundamental a una tutela judicial efectiva refuerza estos derechos. Es decir, la tutela judicial solamente es plena cuando consigue la satisfacción integral da pretensión material buscada judicialmente.

La efectividad a que hace mención la Constitución española, por ejemplo, concretiza correctamente los principios jurisdiccionales, exigiendo que el ordenamiento jurídico alcance el derecho requerido judicialmente, en su integralidad. Igualmente, la garantía constitucional al acceso a la jurisdicción, en la Constitución brasileña.<sup>515</sup>

Y es así que concluye CHIOVENDA, cuando afirma:

“Consecuentemente el proceso debe dar en cuanto sea posible, prácticamente a quien tiene un derecho de todo aquello y exactamente aquello que tiene derecho a conseguir. Un principio así general no es, ni tiene necesidad de ser, formulado en ningún lugar. No existe norma expresa. No existe ninguna norma expresa que asegure la acción al acreedor insatisfecho de un capital prestado: las normas del Código Civil sobre el préstamo resguardan las obligaciones de las partes, no la acción; los arts. 35 y 36 CPC presuponen una norma mas general que conceda la acción, pero no la contienen: no obstante, nadie duda que la acción exista. El proceso como organismo público de actuación de la ley es por si mismo fuente de todas las acciones prácticamente posibles que tienden a la actuación de una voluntad de ley”.<sup>516</sup>

Por medio de un análisis constitucional se puede inferir la viabilidad y necesidad de la tutela judicial específica en los sistemas jurídicos en análisis. En efecto, conforme se desprende de las normativas, se consagra la protección a la tutela judicial efectiva, buscando por medio del derecho procesal alcanzar de forma plena el derecho substantivo que se busca salvaguardar, “conforme al postulado chiovendiano por el cual el proceso debe proporcionar, en la medida de lo posible, a quien ostenta un derecho todas-y precisamente-las utilidades que le son garantizadas por el derecho substantivo”.<sup>517</sup>

En ese sentido, ganan fuerza los medios y formas de garantizar la plena satisfacción del derecho subjetivo, evitándose al máximo, por consiguiente, la satisfacción del derecho por el equivalente pecuniario. Los mecanismos procesales son puestos a disposición

---

<sup>515</sup> Constitución de España. Artículo 24 1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

Constitución de la República Federativa de Brasil. Art. 5º Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los términos siguientes:

:(...)XXXV – la ley no excluirá del análisis del Poder Judicial lesión o amenaza a derecho.

<sup>516</sup> CHIOVENDA, Giuseppe, in *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, Rivista di diritto commerciale, 1911, apud PISANI, Andrea Proto, in *La tutela jurisdiccional*, Palestra, Lima:2014, p. 64.

<sup>517</sup> GUTIERREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 261

de los titulares de los derechos lesionados, de modo que posibiliten el cumplimiento in natura de la prestación.

Antes con la falta de los medios eficaces para hacer valer su derecho en juicio, surge para el acreedor de la obligación la posibilidad de solicitar la fijación de multa diaria, de modo que coaccione al deudor a cumplir con la prestación, o abstenerse de la conducta indebida (astreintes), la búsqueda de la aprehensión de los bienes, así como medidas subrogatorias, dando poderes al magistrado en la adopción del medio más eficiente para valer la obligación debida.

En realidad, como bien expone GUTIERREZ, “este giro hacia la efectividad se desarrolla (...) en diversas etapas que desembocan en el creciente auge y revalorización, en concreto, de la reparación del daño en forma específica y, en general, de la tutela específica, en una interpretación sistemática que afirma su plena atipicidad y por tanto su plena aplicabilidad-salvo alguna excepción-también a las relaciones obligatorias”. Así, según la doctrina, surge de la necesidad de la tutela judicial efectiva una valorización de la tutela específica, poniendo en segundo plano la tutela por el equivalente.<sup>518</sup>

El surgimiento y evolución del derecho procesal, buscó, en un primer momento, apartar los medios ejecutorios anteriormente previstos, que violaban derechos y garantías fundamentales del ser humano, buscando mecanismos suficientes para salvaguardar el derecho de autor, sin dejar de preservar esos bienes fundamentales, inviolables e inalienables.

En efecto, se admitía en tiempos pasados, como formas de pago de deudas, la reducción del deudor a esclavo, la realización de castigos físicos, como también la ejecución de este. En otras palabras, no había preservación de derechos fundamentales mínimos, privando al deudor inclusive de su vida y libertad.

De ese modo, con la consagración de derechos y garantías fundamentales en las civilizaciones, la defensa de los derechos subjetivos violados pasó a tener límites que deben respetarse, creándose un sistema procesal necesariamente obligado a observar garantías mínimas. Así, las violaciones a la vida, libertad e integridad física son en su mayoría alejadas.

519

Sin embargo, se acabó, finalmente, ampliándose por demasia las garantías, valorandose de manera excesiva algunos derechos como el de libertad del deudor, por medio

---

<sup>518</sup> GUTIERREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, p.262.

<sup>519</sup> Digo en su mayoría, pues en sistemas de ley común aunque permanece íntegra la prisión por el incumplimiento del orden judicial, por fuerza del desacato al tribunal.

de una hermenéutica constitucional que está en desacuerdo con los objetivos del sistema adjetivo.

De ese modo, la idea de reparación in natura, en un primer momento de evolución del sistema procesal, debido a una interpretación elástica de las garantías, perdió espacio. Diversos ordenamientos jurídicos pasan a ampliar demasiado el alcance de los derechos fundamentales, como por ejemplo el derecho a la libertad, trayendo como solución el litigio, en su mayoría, la indemnización por el equivalente.

Es decir, si se admitía antiguamente, inclusive, la esclavitud de quien no pagó la deuda, la reacción garantista llevó el sistema al extremo opuesto: inadmitir cualquier interferencia en la libertad del sujeto, apenas autorizándose la cobranza de indemnización, por la expropiación forzada de los bienes del deudor. La única injerencia permitida por el sistema judicial se daba con relación a los bienes de este deudor, nunca para influir en su voluntad, que debería ser libre.

Según explica GUTIERREZ, al analizar estas normativas restrictivas, “la razón esencial es una actitud generalizada de adscripción legal, doctrinal y jurisprudencial a un supuesto principio general que, en su formulación originaria, tenía connotaciones liberadoras en un sistema de relaciones de naturaleza feudal que afectaba a la libertad personal del deudor(...) Los tratadistas del siglo XVI, analizando las fuentes romanas para resolver la polémica suscitada acerca de la coercibilidad de la obligación del vendedor de entregar la cosa vendida, hicieron una errónea interpretación y extensión de tal principio y excluyeron la coercibilidad de todas las obligaciones de hacer. De esta forma se impedía, de forma general, la coerción sobre la voluntad del condenado, vedando de tal modo en la práctica toda viabilidad a cualquier pretensión judicial de cumplimiento en forma específica de este tipo de obligaciones”<sup>520</sup>.

Ocurre que el derecho instrumental tiene por objetivo satisfacer el derecho substantivo violado. Así, debe buscar, por medio de un proceso judicial, la entrega plena del derecho material que no fue satisfecho espontáneamente. En este enfoque, la prestación in natura acaba por alcanzar ese objetivo de manera más contundente, debiendo ser puestos a disposición del tribunal medios capaces de concretizar esa garantía, que también tiene estatus constitucional, en la lista de derechos y garantías fundamentales, que es el acceso a la jurisdicción y tutela efectiva.

---

<sup>520</sup> GUTIERREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 263-264.

Así, por ejemplo, en la hipótesis de adquisición de un bien por parte del acreedor, que al final no es producido por el deudor, la satisfacción in integrum del derecho subjetivo ocurriría con la entrega de este bien, no por medio de una indemnización reparatoria o devolución del monto. Por tanto, no basta el derecho adjetivo prever la posibilidad de indemnización, no obstante debe, aunque preservando las demás garantías constitucionales, crear mecanismos que coaccionen al deudor a cumplir la prestación.

Sin embargo, en un primer momento, con la evolución y surgimiento de las garantías fundamentales, no se admitía la determinación de fijación de multa periódica para elaboración y entrega del bien (atrents), mas si la determinación de devolución de la cuantía paga e indemnización por los perjuicios causados.

Como dicho, la doctrina y jurisprudencia modificaron su tónica gradualmente, ya que la interpretación dada a las garantías fundamentales acababa por violar otra de igual envergadura y eficacia: el derecho a una tutela judicial efectiva.

De hecho, si el Estado tomó sobre si el derecho en la satisfacción del derecho subjetivo violado, debería poner a disposición de los tribunales medios eficaces para la realización de este derecho in totum, no siendo suficiente, en muchos casos, la indemnización por el equivalente. La garantía de la tutela judicial efectiva, por consiguiente, hace imprescindible la previsión de medios procesales variados, otorgando derechos a las partes y poderes a los magistrados que puedan concretizar el derecho subjetivo.

Así, por medio de una interpretación sistemática de la constitución, la garantía de la libertad no puede ser tan plena al punto de inadmitir medios coercitivos para que la parte cumpla la obligación debida.

Como explica GUTIERREZ, “fue la jurisprudencia francesa -consciente, quizás, de los perjuicios que se derivaban de su radical interpretación del principio de la incoercibilidad de las obligaciones-quien tomó la iniciativa en ese sentido, comenzando a aplicar-*contra legem*, o, cuando menos *praeter legem*-las astringencias o *astreintes*”.<sup>521</sup>

En otras palabras, la garantía de la tutela efectiva determinó una reinterpretación del derecho y normas jurídicas existentes, de forma que permitiera la realización in natura de la prestación, concretizándose de forma correcta la constitución.

Así, demostrada la necesidad de la tutela específica, en lo que se refiere a la posibilidad de sustitución de los daños punitivos por una tutela específica, esa medida es opción que se impone, de modo que alcance la efectiva tutela judicial, logrando el objetivo

---

<sup>521</sup> GUTIERREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, p.265.

preventivo del sistema de responsabilidad civil de forma más asertiva, como veremos en la secuencia.

### **3.2. Análisis doctrinario y jurisprudencial de la tutela específica:**

#### **3.2.1. Brasil: art. 139, IV, 497, 536 y 538 del CPC.**

El derecho procesal y adjetivo sirve al derecho substancial. Lo que pretende, al final, es entregar al titular del derecho el bien de la vida deseado. Otorgar, a quien tiene el derecho, todo lo que tiene, en el menor espacio de tiempo posible. Así, con la evolución social el derecho adjetivo se ajusta y se amolda, de manera que satisface la pretensión integral substantiva, alcanzando el objetivo constitucional de protección integral al derecho amenazado o lesionado.

Como afirma CHIOVENDA, “el proceso debe dar en cuanto es posible prácticamente a quien tiene un derecho todo aquello y precisamente aquello que el tiene derecho a conseguir”<sup>522</sup>

El derecho objetivo hace nacer el derecho subjetivo, que según RIBEIRO es un “status jurídico del que goza el titular del poder, no implicando necesariamente la idea de ejercicio de este poder que se refiere a la pretensión o la acción material”<sup>523</sup>.. Para la teoría dualista, los derechos que son ejercidos frente a terceros se clasifican como derechos subjetivos mediatos, y solamente se realizan a través de una sentencia judicial. Y por lo tanto, para que se realice el derecho subjetivo in totum, se hace necesario que la prestación jurisdiccional entregue el bien de la vida deseado, so pena de satisfacción parcial del derecho albergado objetivamente en la ley.

Para que se realice el derecho en su totalidad como fue previsto objetivamente, se hace necesaria una decisión integrativa que otorgue el bien de la vida como previsto normativamente. Y como afirma RIBEIRO, citando IHERING, “el derecho subjetivo mediato sin una sentencia que obligue las partes a realizarlo es “un fantasma de derecho,

---

<sup>522</sup> CHIOVENDA, Giuseppe, in “ *De la acción nacida del contrato preliminar*” *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, ed. Ejea, Buenos Aires, 1949, v. I, págs. 214, apud RIBEIRO, Darci Guimarães, *idem*, *ibidem*, p186.

<sup>523</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães, *idem*, *ibidem*, p. 40.

meras palabras, nada más”(...) porque “sólo la fuerza” de una sentencia “realiza las reglas del derecho y hace de este lo que debe ser”.<sup>524525</sup>

Afirma RIBEIRO que:

“si es cierto que todo derecho subjetivo mediato afecta la esfera jurídica de otro, no es posible sostener dentro del ordenamiento jurídico la existencia de este tipo de derecho antes de la sentencia, porque la esfera jurídica de una persona solamente puede sufrir restricciones por determinación legal o por resolución judicial, y nunca por el simple ejercicio de un derecho subjetivo mediato”.<sup>526</sup>

Realmente, una vez titular del derecho subjetivo violado, surgiría en teoría la pretensión de la parte para la acción material, que no obstante admitida en los orígenes del sistema civil, ya no se encuentra más en los actuales ordenamientos jurídicos, por lo que se hace necesario impulsar la máquina estatal hacia la satisfacción del derecho. Es decir, se hace necesaria la intervención estatal para la concretización del derecho subjetivo, haciendo valer la pretensión. Y, de forma que satisfaga el derecho en su totalidad, debe colocar el Estado a la disposición de los ciudadanos medios eficaces de entrega in natura del bien de la vida postulado.

“Este derecho a obtener la tutela judicial efectiva a través de una ejecución, también efectiva, es tan transcendente que el propio TC llega a decir “... difícilmente puede hablarse de la existencia de un Estado de Derecho cuando no se cumplen las Sentencias y resoluciones judiciales firmes”<sup>527</sup>.

Como bien señala RIBEIRO, “si el Estado ostenta el monopolio de la jurisdicción y se prohíbe al titular del interés realizar su derecho a través de su agere privado ¿cómo podrá satisfacer su interés? Solo le queda el camino hacia el Estado, es decir, el individuo debe acudir al Estado a quejarse a través de una provocación: la acción”.<sup>528</sup>

En efecto, aclara RIBEIRO que “el monopolio de la jurisdicción es el resultado natural de la formación del Estado que trae consigo consecuencias tanto para los individuos

---

<sup>524</sup> IHERING, Rudolph von, in *El fin en ek derecho*, Edit. Heliasta, Buenos Aires, 1978, apud RIBEIRO, Darci Guimarães, *idem*, *ibidem*, p. 40.

<sup>525</sup> Expomos aqui a posição dominante na doutrina e jurisprudência, não sem ressalvas pessoais à afirmação de que o direito só se realiza por força de uma sentença judicial, tanto pelas exceções previstas em lei que admitem a ação material, como a legítima defesa, como por entendermos que sempre que o titular do direito o exerce dentro de seus limites, e somente se violado poder-se-ia falar da necessidade de uma sentença integradora para sua satisfação.

<sup>526</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães, *idem*, *ibidem*, p.50.

<sup>527</sup> STC 67/1984, de 7 de junio apud RIBEIRO, Darci Guimarães, *idem*, *ibidem*, p. 185

<sup>528</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães, *idem*, *ibidem*, p.66.



como para el propio Estado. Para los primeros, alejó definitivamente la posibilidad de reacciones inmediatas por parte de cualquier titular, consecuentemente ellos se encuentran impedidos de actuar privadamente para la realización de sus intereses. Para el segundo, el monopolio creó el deber de prestar la tutela jurisdiccional efectiva a cualquier persona que lo solicite”.<sup>529</sup>

De ese modo, debe el Estado crear los mecanismos necesarios para que la pretensión sea satisfecha de forma específica, otorgando el bien de la vida en su totalidad, en el tiempo más breve posible, de modo que alcance una tutela efectiva y oportuna.

Como es sabido, y doctrina RIBEIRO, después de la conferencia de CHIOVENTA el 03 de febrero de 1903, que idealizó los derechos potestativos, las acciones pasaron a ser catalogadas por los efectos jurídicos que generan. Y con base en eso, fueron clasificadas las sentencias en declaratorias, constitutivas, condenatorias, mandatorias y ejecutiva.

Sin embargo, se observa que apenas las sentencias condenatorias daban lugar a una ejecución apartada. En realidad, la declaración judicial ya generaba efectos, no obstante la existencia de formalidades necesarias que de esta derivan, como la expedición de oficio en el registro para registrar la propiedad adquirida por usucapión, o el registro de paternidad declarado en sentencia, diligencias de estas que se daban por impulso oficial. En el mismo punto, las sentencias constitutivas, mandatorias y ejecutivas generaban efectos automáticos, no siendo necesaria la ejecución apartada.

En esa misma línea, y de manera que concrete con plenitud el derecho substantivo, algunos ordenamientos pasaron a admitir la ejecución de la sentencia condenatoria por cuantía relativa en los mismos autos, sin formar un proceso nuevo, como ocurre en el caso de Brasil, dando más un paso para alcanzar la efectividad de la justicia, aunque vinculado al requerimiento de la parte vencedora.

En el mismo sentido doctrina RIBEIRO, afirmando que “lo cierto es que la concepción dominante acerca de la sentencia de condena, y su necesaria correlación con la ejecución forzosa, está lejos de tutelar eficazmente los derechos constitucionales de los ciudadanos, sea por culpa de una sentencia que se limita sólo a fraccionar la realización del derecho en dos relaciones procesales sucesivas y extremadamente complejas y largas(...) sea por culpa de una ejecución forzosa que es inadecuada para realizar de forma rápida los

---

<sup>529</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães, *idem, ibidem*, p. 76.

derechos, y anticuada por no atender en lo más mínimo la realización de los nuevos derechos que surgen de una sociedad cada vez más tecnificada”.<sup>530</sup>

Efectivamente, aún con la evolución del procedimiento, este no era suficiente para alcanzar el objetivo deseado de plena satisfacción del derecho material. Los actos ejecutivos, aunque perpetrados en los mismos autos y siendo una de las etapas del proceso principal, no cumplían con el derecho en su plenitud aplicados los principios anteriores del proceso ejecutivo, como la indemnización por el equivalente, en vez de tutelar el bien de la vida en especie, entregándolo in natura para la parte vencedora. Se hacía, por lo tanto, necesaria la creación de mecanismos aptos para la consecución del derecho subjetivo.

Albergando el derecho objetivo, el derecho en teoría, y siendo el derecho subjetivo vinculado a este, apenas satisfaciéndose por medio de una decisión judicial, una vez que necesita integración para concretizarse en el mundo de los hechos, muchas veces solamente por medio de una tutela judicial específica se cumpliría la pretensión deseada, debiendo las medidas substitutivas, como indemnización por el equivalente, solamente ser aplicadas de forma excepcional, de manera que alcance el modo más asertivo o principio constitucional de acceso a la justicia y de la tutela judicial efectiva.

Según RIBEIRO, “los operadores del derecho, y principalmente los procesalistas, tienen un compromiso ineludible para resolver los problemas sociales. El creciente desarrollo de nuestra sociedad les obligan diariamente a enfrentarse con una realidad distinta que cambia vertiginosamente, y exige nuevas soluciones jurídicas capaces de atender de forma adecuada a las nuevas realidades, la imperiosa necesidad de cambio obliga a los procesalistas a ir evolucionando en sus concepciones y huir del mayor número de reglas que, presuntamente, tengan un carácter inmutable”.<sup>531</sup>

Como explica el mismo doctrinario:

“modernamente, los procesalistas, preocupados por el fenómeno de la efectividad del proceso, están recorriendo el camino inverso utilizado por la doctrina de inicios del siglo XX pues, mientras esta perseguía el alejamiento del proceso respecto al derecho material, actualmente se pretende una aproximación entre proceso y derecho.

(...)

El origen de nuevos derechos exige en contrapartida el nacimiento de nuevas formas de tutela jurisdiccional, sob pena de obstruir el desarrollo de la sociedad”.<sup>532</sup>

---

<sup>530</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães, *idem*, *ibidem*, p. 184

<sup>531</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães, in *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva. Hacia una teoría procesal del derecho*. JMBosch Editor, Barcelona, 2004, p.15.

<sup>532</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães, *idem*, *ibidem*, pp. 186-187.

Así, como aclara el Maestro, la necesidad de concretización efectiva de la tutela judicial hace que los ordenamientos jurídicos creen normas que se adapten para la entrega in natura del derecho subjetivo perseguido. Expone que “modernamente las legislaciones procesales están cada vez más adaptadas a los nuevos problemas de la sociedad, nacidos de una economía que se expande progresivamente a través de “prestaciones de hecho”, y que traen consigo, en consecuencia, el crecimiento de las actividades económicas de “prestaciones de servicios” ligadas a la revolución tecnológica, en donde las prestaciones personales o no fungibles ganan un lugar privilegiado”<sup>533</sup>.

Y siguiendo ese raciocinio, uno de los pasos tomados por el legislador fue la modificación del procedimiento, en lo que se refiere a la sentencia condenatoria relativa a la obligación de hacer o no hacer y entrega de la cosa. En el derecho brasileño la ejecución pasó a ser simplemente fase final del proceso de conocimiento, correspondiéndole al juez de oficio fijar multas para coerción, adoptar la tutela específica o determinar la realización de medidas para alcanzar el resultado práctico equivalente<sup>534</sup>..

Igualmente, entre las modificaciones destinadas a la protección del derecho subjetivo in totum, traje al proceso la posibilidad de anticipación de la tutela final, con la entrega del bien de la vida perseguido antes de la decisión final del proceso de conocimiento.

Esta puede ser considerada una de las modificaciones de mayor trascendencia del derecho procesal, de modo que alcance el objetivo constitucional de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva, además de la que tomó curso en la secuencia, admitiéndose la entrega in natura del derecho material. Realmente, en cuanto a esta última, como vimos, se pasó a admitir que la decisión judicial determinara la entrega del derecho subjetivo violado, adoptando las medidas necesarias para su satisfacción o que alcancen el resultado práctico equivalente, según lo indicado en el art. 497 y ss del CPC.

---

<sup>533</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães, *idem, ibidem*, p. 161.

<sup>534</sup> Art. 497. En la acción que tenga por objeto la prestación de hacer o de no hacer, el juez, si es oportuno el pedido, concederá la tutela específica o determinará las disposiciones que aseguren la obtención de tutela por el resultado práctico equivalente. Parágrafo único. Para la concesión de la tutela específica destinada a inhibir la práctica, la reiteración o la continuación de un ilícito, o su remoción, es irrelevante la demostración de la ocurrencia del daño o de la existencia de culpa o dolo. Art. 498. En la acción que tenga por objeto la entrega de una cosa, el juez, al conceder la tutela específica, fijará el plazo para el cumplimiento de la obligación. Parágrafo único. Tratándose de entrega de una cosa determinada por género y por la cantidad, el autor la individualizará en la petición inicial, si le corresponde la elección, o, si la elección recae sobre el acusado, este la entregará individualizada, en el plazo fijado por el juez. Art. 499. La obligación solamente será convertida en daños y pérdidas si el autor lo requiere o si es imposible la tutela específica o la obtención de tutela por el resultado práctico equivalente. Art. 500. La indemnización por daños y pérdidas se dará sin perjuicio de multa fijada periódicamente para obligar al acusado con el cumplimiento específico de la obligación. Art. 501. En la acción que tenga por objeto la emisión de declaración de voluntad, la sentencia que juzga procedente el pedido, una vez transitada en juzgado, producirá todos los efectos de la declaración no emitida.

Art. 497. En la acción que tenga por objeto la prestación de hacer o de no hacer, el juez, si es oportuno el pedido, concederá la tutela específica o determinará las disposiciones que aseguren la obtención de tutela por el resultado práctico equivalente.

Parágrafo único. Para la concesión de la tutela específica destinada a inhibir la práctica, la reiteración o la continuación de un ilícito, o su remoción, es irrelevante la demostración de la ocurrencia del daño o de la existencia de culpa o dolo.

Art. 498. En la acción que tenga por objeto la entrega de una cosa, el juez, al conceder la tutela específica, fijará el plazo para el cumplimiento de la obligación

Parágrafo único. Tratándose de entrega de una cosa determinada por género y por la cantidad, el autor la individualizará en la petición inicial, si le corresponde la elección, o, si la elección recae sobre el acusado, este la entregará individualizada, en el plazo fijado por el juez

Art. 499. La obligación solamente será convertida en daños y pérdidas si el autor lo requiere o si es imposible la tutela específica o la obtención de tutela por el resultado práctico equivalente

A pesar de la opinión personal de GUTIÉRREZ, el sistema jurídico brasileño optó por dar prevalencia a la reparación en la forma específica, de modo que alcance el objetivo constitucional de acceso a la justicia y de la tutela efectiva del derecho substantivo de forma más contundente. En ese sentido, el posicionamiento de MARINONI, citado por la doctrina, que entiende que el derecho brasileño antes de las últimas reformas ya daba prevalencia a la reparación de modo específico, textualmente:<sup>535</sup>

Con respecto al asunto sobre la responsabilidad civil, siempre se mantuvo, dentro del derecho brasileño, el principio de la doble forma de resarcimiento: o el resarcimiento en forma específica o la indemnización en dinero<sup>18</sup>. Pero, además el derecho brasileño siempre le dio prioridad al resarcimiento en forma específica en vez de al resarcimiento pecuniario. En este sentido, basta prestar atención a la norma que aparecía en el art. 1.537 del Código Civil de 1916 – ahora reproducida en el art. 947 del Código Civil de 2002.

El artículo 947 del Código Civil establece: “Si el deudor no puede cumplir la prestación en la especie determinada, se sustituirá por su valor, en moneda corriente”<sup>536</sup>

Es decir, no estableció la posibilidad únicamente del pago de la indemnización como primera opción, pero solamente en la hipótesis de imposibilitada la reparación in natura, la recomposición del status quo, de manera a satisfacer el derecho subjetivo violado con mayor integridad y eficiencia.

---

<sup>535</sup> MARINONI, Luis Guilherme, in *Acciones inhibitoria y de resarcimiento en forma específica en el anteproyecto de código modelo de procesos colectivos para Iberoamerica* (art. 7o), en AAVV: *Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica*, publicado en el Congreso MUndial de Derecho Procesal, en Ciudad de México, en septiembre de 2003, versión on-line, disponible en [http://www.academia.edu/218540/Acciones\\_Inhibitoria\\_y\\_de\\_Resarcimiento\\_en\\_Forma\\_Especificas\\_en\\_el\\_Ante\\_proyecto\\_de\\_Codigo\\_Modelo\\_de\\_Procesos\\_Colectivos\\_para\\_Iberoamerica](http://www.academia.edu/218540/Acciones_Inhibitoria_y_de_Resarcimiento_en_Forma_Especificas_en_el_Ante_proyecto_de_Codigo_Modelo_de_Procesos_Colectivos_para_Iberoamerica), acceso en 23/08/2016.

<sup>536</sup> GUTIÉRREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, p.77.

Así, establecen igualmente los art. 536, parágrafo 1o y 538 del CPC del CPC:

Art. 536. En el cumplimiento de sentencia que reconozca la exigibilidad de obligación de hacer o de no hacer, el juez podrá, de oficio requerimiento, para la ejecución de la tutela específica o la obtención de tutela por el resultado práctico equivalente, determinar las medidas necesarias a satisfacción del acreedor

§ 1º Para atender lo dispuesto en el enunciado del inicio del artículo, el juez podrá determinar, entre otras medidas, la imposición de multa, la búsqueda de aprehensión, la remoción de personas y cosas, la cancelación de obras y el impedimento de actividad nociva, pudiendo, caso necesario, solicitar el auxilio de fuerza policial.

(...)

Art. 538. No cumplida la obligación de entregar una cosa en el plazo establecido en la sentencia, será expedida orden de búsqueda y aprehensión o recuperación de la posesión en favor del acreedor, de acuerdo si es un bien mueble o inmueble.

Además, es necesario reptir la regla ya citada del artículo 139, IV del nuevo Código Porcesal Civil brasileño, que establece:

Art. 139. El juez dirigirá el proceso conforme las disposiciones de este Código, encargándose:(...)

IV - determinar todas las medidas tácitas, coercitivas, mandatorias o subrogatorias necesarias para asegurar el cumplimiento de orden judicial, inclusive en las acciones que tengan por objeto prestación pecuniaria;

Es decir, se observa que el cumplimiento de la sentencia autoriza la adopción de medidas que tutelen el derecho violado in natura, con el fin de llevar el derecho subjetivo perseguido, en lugar de la fijación de una indemnización equivalente.

Así, la legislación infraconstitucional concretizó de forma correcta la tutela judicial efectiva, con la previsión de la tutela específica, por lo tanto deberá ser adoptada siempre y cuando sea posible la reparación in natura del daño.

En ese sentido, solicitada la tutela específica, deberá el magistrado adoptar las medidas apropiadas y necesarias para asegurar que esta funcione, por medio de las conductas necesarias para la obtención del resultado práctico equivalente.

Se observa que la sentencia condenatoria puede buscar tanto la reparación de una conducta, como evitar que la lesión se perpetre (tutela inhibitoria). Como bien señala PISANI, “sobre el plano funcional la condena puede estar destinada, a través del pasado, a eliminar los efectos de la violación ya acontecida o, en lugar de ello, a impedir que la violación sea verificada o continuada”.<sup>537</sup>

---

<sup>537</sup> PISANI, Andrea Proto, in *La tutela jurisdiccional*, Palestra, Lima:2014, pp. 295-296.

Cierta aclamación surge en relación al margen de discrecionalidad dado al demandante en optar por la tutela específica o la indemnización por el equivalente, como se extrae del art. 499 del CPC.

Entendemos que la prioridad es la tutela específica, compitiéndole en algunas hipótesis la elección al juez, para fijar la medida que considera mejor al interés público, incluso en ciertas hipótesis que el ofendido haya solicitado la tutela por el equivalente, como suele ocurrir con la hipótesis de daños punitivos. Así, la discrecionalidad dada al juez es para que procure la mejor solución para las partes interesadas, sin dejar de lado los principios que rigen la responsabilidad civil.

La propia legislación infraconstitucional en algunos momentos restringe la discrecionalidad del autor, en pro de una mayor eficacia del sistema jurídico. Así, por ejemplo, en el derecho del consumidor, Ley 8078/90, el artículo 18, parágrafo 1o autoriza al demandado sanar el vicio del producto o servicio presentado, en 30 días,<sup>538</sup> es decir, reparar in natura el daño, solamente siendo razonable al demandante litigar la indemnización por daños y pérdidas en la hipótesis de la reparación in natura no ocurre.<sup>539</sup> Admite excepcionalmente al consumidor requerir directamente otras formas de reparación, inclusive la tutela por el equivalente, cuando “sustitución de las partes viciadas pueden comprometer la calidad o características del producto, disminuir el valor o si se trata de un producto esencial”<sup>540</sup>.

En otras palabras, en la hipótesis señalada, el juez debe primar por la tutela específica, aunque el demandante tenga interés en la tutela por el equivalente, solamente autorizando este si el vicio no fuese sanado en el tiempo hábil fijado por la ley.

---

<sup>538</sup> El plazo puede ser modificado por acuerdo de las partes, no pudiendo ser inferior a siete o superior a 180 días. (art. 18, §2o de CDC).

<sup>539</sup> Ley 8078/90. Art. 18. Los proveedores de productos de consumo durables o no durables responden solidariamente por los vicios de calidad o cantidad que los tornen impropios o inadecuados al consumo que están destinados o les disminuyan el valor, tal como por aquellos derivados de la disparidad, con las indicaciones constantes del recipiente, del embalaje, rótulos o mensajes publicitarios, respetando las variaciones consecuentes de su naturaleza, pudiendo el consumidor exigir la sustitución de las partes viciadas. § 1° No siendo el vicio sanado en el plazo máximo de treinta días, puede el consumidor exigir, alternativamente y a su elección: § 2° Podrán las partes acordar la reducción o ampliación del plazo previsto en el parágrafo anterior, no pudiendo ser inferior a siete ni superior a ciento ochenta días. En los contratos de adhesión, la cláusula de plazo deberá ser acordada por separado, por medio de manifestación expresa del consumidor.

<sup>540</sup> Ley 8078/90 Art. 18. Los proveedores de productos de consumo durables o no durables responden solidariamente por los vicios de calidad o cantidad que los tornen impropios o inadecuados al consumo que están destinados o les disminuyan el valor, tal como por aquellos derivados de la disparidad, con las indicaciones constantes del recipiente, del embalaje, rótulos o mensajes publicitarios, respetando las variaciones consecuentes de su naturaleza, pudiendo el consumidor exigir la sustitución de las partes viciadas. § 3° El consumidor podrá hacer uso inmediato de las alternativas de § 1° de este artículo siempre que, en razón de la extensión del vicio, la sustitución de las partes viciadas puedan comprometer la calidad o características del producto, disminuir su valor o si trata de un producto esencial.

Aquí no hay derecho de elegir para las partes, siendo un deber del magistrado en determinar la tutela específica. Como veremos adelante, entendemos que con relación a los daños punitivos tiene el magistrado ese poder-deber, siempre que la tutela específica cumpla mejor al interés público, una vez que el interés perseguido en la tutela no es únicamente individual, no obstante, sobrepasa esos límites, con base en los principios del Estado Social, debiendo la decisión judicial tratar de alcanzar los objetivos del sistema de responsabilidad civil, principalmente el disuasorio y preventivo.

La doctrina española también trae posiciones doctrinarias en ese sentido, afirmando GUTIÉRREZ que “es al juez y sólo a él a quien compete adoptar la decisión acerca de la forma más conveniente de resarcimiento a la vista de los intereses en juego, intereses que, en ocasiones, no serán solamente los del perjudicado y el responsable, razón por la cual estiman que la remisión de esa decisión al juez aparece como la opción más razonable”.<sup>541</sup>

Así, principalmente con relación a los daños punitivos, reside en el juez la opción más acertada, primando siempre para la tutela específica, y adoptando la indemnización por el equivalente de forma subsidiaria. En ese mismo sentido, la discrecionalidad judicial es la posición dominante en la doctrina y jurisprudencia francesa, según explica GUTIÉRREZ.<sup>542</sup>

Otra cuestión que surge, igualmente, es si no tendría el demandado derecho subjetivo en cumplir la obligación violada por medio de una tutela específica. Como veremos adelante, y vimos con relación al Código de Defensa del Consumidor brasileño, hay previsión legislativa en este campo, de la misma manera, primando por la tutela específica en favor del ofensor.

Es decir, por la legislación infraconstitucional, la tutela específica puede ser determinada como principal forma de reparación del daño, surgiendo como un derecho subjetivo de la parte autora, así como muchas veces del demandado, sin olvidar la posibilidad del magistrado aplicarla, aunque no ejercido por los interesados, adoptando la medida que más se adecúe al caso concreto, siempre que necesaria para alcanzar la protección más amplia de los bienes y derechos tutelados por la sentencia.

Como veremos, a pesar de la existencia de normas infraconstitucionales incongruentes, entiendo que la tutela específica es el norte a ser seguido, y debe ser priorizada, compitiéndole al juez adoptarla siempre que sea posible, para tutelar mejor todos

---

<sup>541</sup> GUTIÉRREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, p.211.

<sup>542</sup> GUTIÉRREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, p.211.

los intereses en disputa, haciéndose una interpretación conforme a la constitución de esas medidas legislativas.

En ese sentido, hay que considerar incluso la posibilidad excepcional de que aunque haya acuerdo entre las partes, para la fijación de la tutela por el equivalente, si hay interés público en la tutela específica, debe ser determinada esta forma de reparación.

Es decir, en hipótesis donde hayan otros intereses igualmente relacionados con el debatido en juicio, le competirá al magistrado imponer la tutela específica, resolviendo la disputa, que impactará en otras demandas directa o indirectamente. Como ejemplo, tomemos una acción civil individual contra una concesión del peaje de una vía, para que tape el hueco en la vía que utiliza diariamente para ir al trabajo. La sentencia deberá fijar una tutela específica para la demanda, resolviendo la disputa, y no fijar una indemnización, teniendo en cuenta el interés público subyacente que acompaña la demanda, dando una respuesta más eficiente a la solicitud.

Esa forma de interpretación no se dá aisladamente. Como vimos la discrecionalidad judicial es la base del sistema francés, permitiendo, pues, la opción por la reparación in natura aunque fuera otra la opción del acreedor. A su vez, según explica GUTIÉRREZ, con relación a este tópico, los modelos alemanes y austriaco adoptaron la subsidiariedad de la indemnización por el equivalente, solamente aplicable por regla general después de agotada la fijación del plazo para la reparación in natura (aunque la interpretación jurisprudencial haya establecido admitir la elección por el deudor. Sin embargo, por más que esa fuera la opción, autorizaba al deudor a cumplir la prestación in natura).

Analizando detalladamente el Código Civil alemán, en la esfera de nuestro entendimiento, afirma la misma doctrina que el §251-2 establece, como se describió anteriormente, que el acreedor solo puede solicitar la reparación in natura, estando subordinado el requerimiento de indemnización por el equivalente al transcurso del plazo para el cumplimiento, y sin ser la prestación efectiva.<sup>543</sup> El deudor, a su vez, puede pedir la reparación por el equivalente, en la hipótesis de onerosidad excesiva.

De ese modo, entendemos que la tutela específica es el norte que debe guiar la concretización constitucional de la tutela judicial efectiva por los legisladores, así como por los jueces, al interpretar la constitución. Como vimos, en Brasil el nuevo Código Procesal en varios dispositivos deja clara la opción por una tutela específica de manera prioritária, correspondiendo pues a la garantía constitucional. Llega en el artículo 139, Iv a poner en los

---

<sup>543</sup> Afirma, sin embargo, que el § 250 abre la posibilidad de indemnización por el equivalente.



jueces amplios poderes para que se entregue el bien de la vida perseguido in natura, satisfaciendo la pretensión del titular del derecho y no por medio de una tutela por el equivalente.

La libertad de perseguir una tutela por el equivalente ni siempre es amplia, cabiendo muchas veces al juez la elección del medio que satisfaga la pretensión de manera más efectiva. De ese modo, hay previsiones legales que determinan primero la tutela específica, solamente autorizando la tutela por el equivalente en la hipótesis de la primera no ser posible.

Entendemos que con relación a los daños punitivos, como veremos, esa es la interpretación más correcta, una vez que tiene en sus objetivos dimensiones no solamente individuales, y persiguen metas más amplias, como las que rigen el sistema de responsabilidad civil. Una interpretación sistemática de la constitución, pues, lleva a que en esos casos sea determinada siempre que posible por el aplicador de la ley la tutela específica de manera a alcanzar los objetivos de la propia institución de los daños punitivos, dejando la tutela por el equivalente como subsidiaria.

Analizaremos ahora el tema sobre la óptica del ordenamiento jurídico español.

### **3.2.2. España.**

Según GUTIÉRREZ, la norma jurídica que proporciona la reparación del daño está grabada en el artículo 1902 del Código Civil español, textualmente:

“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”<sup>544</sup> ..

Afirma la misma doctrinaria que tal disposición se aplicaría a daños extracontractuales, siendo los daños contractuales regidos por el art. 1101 del Código Civil, que divulga:

“Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquellas”<sup>545</sup> .

---

<sup>544</sup> GUTIÉRREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, p.93.

<sup>545</sup> GUTIÉRREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, p.94.

En principio, hay que observar la línea ténue que separa la responsabilidad contractual de la extracontractual, habiendo decisiones judiciales en sentidos más diversos. Así, aclara PERERA, hablando de los dos tipos de responsabilidad que “las conexiones entre una y otra forma de responsabilidad civil ha sido siempre materia discutida, mucho más cuando, como ocurre en nuestro país, no existe una jurisprudencia definida al respecto”, afirmando que en muchos casos se ha decidido por la responsabilidad extracontractual, cuando en realidad había un vínculo contractual.<sup>546</sup>

A su vez, analizando el artículo 1902, establece BRIZ que “principio de general aplicación en las legislaciones es el de reparación del daño en forma específica. Si el dañador ha ocasionado un menoscabo en la esfera jurídica de otra persona, es lógico que la reparación debida consista en reintegrar esa esfera lesionada a su estado anterior a la causación del daño (restitutio in integrum). Solamente cuando no es posible esa reintegración al estado originario se acude a verificar la reparación en dinero, entregando al perjudicado una equitativa indemnización. Es, pues, la excepción el principio de la indemnización en dinero”.<sup>547</sup>

Explica que en algunos casos de responsabilidad extracontractual no será posible la reparación in natura, (ejemplo, lesión corporal), y solamente en esas hipótesis tendrá lugar la indemnización en dinero. Aduce que “por todo ello, bien puede sostenerse que también para el ámbito extracontractual debe darse preferencia a la reparación en la forma específica, ya que el artículo 1902 no preceptúa como hay de hacerse la indemnización”.<sup>548</sup>

Igualmente, en lo que hace referencia a la responsabilidad contractual, afirma el mismo doctrinario que los daños “derivados de incumplimiento de contrato prevalece el criterio de indemnización(...) sólo cuando no sea posible el cumplimiento de la prestación en forma específica, tal como fue pactada. Así se deduce de lo dispuesto en el artículo 1.096 del Código Civil”.<sup>549</sup>

Y, a su vez, antes del surgimiento de reglas específicas del derecho del consumidor, el artículo 1092 era la norma que se aplicaba a las causas de responsabilidad civil

---

<sup>546</sup> PERERA, Angel Carrasco, *in* Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Dirigido por Manuel Albaladejo, Tomo XV, Vol 1o, Artículos 1.088 a 1.124, Editorial Revista de Derecho Privado., p.415.

<sup>547</sup> BRIZ, Jaime Santos, *in* Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Dirigido por Manuel Albaladejo, Tomo XXIV, Artículos 1887 a 1929, Comentados por Jaime Santos Briz y Antonio Gullon Ballesteros, Editorial Revista de Derecho Privado., p. 188.

<sup>548</sup> BRIZ, Jaime Santos, *in* Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Dirigido por Manuel Albaladejo, Tomo XXIV, Artículos 1887 a 1929, Comentados por Jaime Santos Briz y Antonio Gullon Ballesteros, Editorial Revista de Derecho Privado., p. 190

<sup>549</sup> BRIZ, Jaime Santos, *in* Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Dirigido por Manuel Albaladejo, Tomo XXIV, Artículos 1887 a 1929, Comentados por Jaime Santos Briz y Antonio Gullon Ballesteros, Editorial Revista de Derecho Privado., p. 189 Aunque hable que en caso de obligaciones personalísimas cabería la indemnización, lo que discordo, pues si que hay la posibilidad de fijación de *astreints* para hacer cumplir la obligación.

de relaciones de consumo, como bien explica LUCÁN, y que no puede ser descartada de todo el sistema, por medio de su aplicación subsidiaria, primordialmente, digo yo, no que hace referencia a la reparación in natura.<sup>550</sup>

Analizando las normas anteriormente informadas (art.s 1.101 y 1.902 del Código Civil), menciona GUTIÉRREZ que el sistema de responsabilidad civil sería incongruente en sus consecuencias en lo que se refiere a la responsabilidad contractual y la extracontractual, aplicándose aquella regla citada, con la indemnización pecuniaria, y no la reparación in natura del daño causado. Haciendo un paralelo entre las dos normas citadas arriba, indica:

“Desde la perspectiva que venimos exponiendo, cuando el legislador habla de indemnizar los daños y perjuicios puede ser porque quiere concretamente que se indemnicen, esto es, que se reparen mediante prestación pecuniaria, y cuando habla de que se repare el daño causado, es porque admite que ese daño puede repararse de más formas, además de mediante su equivalente pecuniario.”<sup>551</sup>

Sin embargo, señala que el entendimiento jurisprudencial claramente sigue en sentido opuesto. Por lo tanto, explica la propia doctrina que actualmente la posición jurisprudencial española, en el sentido de la interpretación dada al art. 2058 del código civil italiano por los juristas, es de buscar la tutela específica en la hipótesis de responsabilidad contractual o extracontractual. Según sugiere GUTIÉRREZ, “Frente a la perplejidad que originariamente suscitaba la idea de una aplicación del remedio reparatorio específico al daño contractual, hoy se da una evolución similar a la antes descrita en materia aquiliana, de forma que la reparación en forma específica acaba por superponerse a una forma de tutela ejecutiva del derecho de crédito(...). La reparación específica se aleja así de la órbita de la tutela resarcitoria, ya que su función no sería compensar el daño sufrido por el acreedor como consecuencia del incumplimiento, sino promover el nacimiento del título ejecutivo(...) de cara a la realización forzosa del derecho”<sup>552</sup>.

Del mismo modo, entiendo que la disposición del artículo 1.101 del Código Civil no aparta la posibilidad de restitución in natura del derecho subjetivo violado, apenas admitiéndose que a esta se agregue la posibilidad de fijación de indemnización pecuniaria por

---

<sup>550</sup> LUCÁN, María Ángeles Parra, in *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*. Colección de derecho del consumo, Director Antoni Vaquer Aloy, Madrid 2011, Editorial Reus, 1a ed., p. 49

<sup>551</sup> GUTIÉRREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 95.

<sup>552</sup> GUTIÉRREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 156-157.

el daño causado en razón del dolo, negligencia o morosidad al incumplir o cumplir tårdidamente la obligación.

En el mismo sentido es la opinión de PERERA, al analizar el artículo 1.101 del Código Civil, aclarando que “siempre que se pida cumplimiento en forma específica, la acción de cumplimiento es compatible con la acción de indemnización por el daño moratorio del cumplimiento tardio”<sup>553</sup>

Corroborando esta posición citamos algunas decisiones jurisprudenciales aplicando la tutela específica inhibitoria correspondiente con la indemnización por daños y pérdidas:

Así, con relación a las restricciones del derecho de propiedad, en la sentencia del Alto Tribunal del 28 de enero de 2004 (400/2004), constó la condenación para “1o-Cesar las emisiones contaminantes que sobrepasen los límites tolerados en la legislación vigente no sólo para la salud de la persona humana sino para evitar daños en los animales y en los bienes procediendo en caso contrario al cese de la actividad industrial si esta fuera la única manera de evitar la producción de los perjuicios; 2o- Indemnizar a los actores los perjuicios causados en su cabaña ganadera conforme al procedimiento establecido en el fundamento jurídico séptimo de la presente resolución que se aplicará en ejecución de sentencia y en la cuantía por él determinada”<sup>554</sup>.

Interpretando el Código Civil alemán, es la conclusión a la que llega MANDRIOLI en lo que se refiere a este sistema jurídico. Primando por la reparación in natura, admite que en la hipótesis de esta no eliminar del todo el perjuicio (ej: devolución de un bien mueble que generó la cobranza de alquiler por parte del titular del derecho), es posible una reparación monetaria además de la reparación in natura<sup>555</sup>.

En ese sentido, la norma del art. 379, cuando menciona la posibilidad de exigir la entrega de la cosa, con la adición de la posible indemnización por los daños y perjuicios sufridos:

Art. 379. Cuando el dueño de la cosa accesorio ha hecho su incorporación de mala fe, pierde la cosa incorporada y tiene la obligación de indemnizar al propietario de la principal los perjuicios que haya sufrido.

---

<sup>553</sup> PERERA, Angel Carrasco, in *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dirigido por Manuel Albaladejo, Tomo XV, Vol 1o, Artículos 1.088 a 1.124, Editorial Revista de Derecho Privado., p.400

<sup>554</sup> GUTIERREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, p.174.

<sup>555</sup> MANDRIOLI, Dino: “Risarcimento del danno in forma specifica”, *Riv. Dir. Comm*, 1922, I pp.352-402, apud GUTIERREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, p.71

Si el que ha procedido de mala fe es el dueño de la cosa principal, el que lo sea de la accesoria tendrá derecho a optar entre que aquél le pague su valor o que la cosa de su pertenencia se separe, aunque para ello haya que destruir la principal; y en ambos casos, además, habrá lugar a la indemnización de daños y perjuicios.

Si cualquiera de los dueños ha hecho la incorporación a vista, ciencia y paciencia y sin oposición del otro, se determinarán los derechos respectivos en la forma dispuesta para el caso de haber obrado de buena fe.

Diferente no es la redacción del artículo 7.2 del Código Civil, cuando establece:

“7.2. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”.(g.n.)

Es decir, exalta este artículo la fijación de una indemnización y una tutela inhibitoria específica para hacer cesar el acto indebido. Aunque no mantenga expresamente todas las hipótesis posibles de reparación in natura, admitiendo la indemnización pecuniaria por los daños ya causados, todavía en lo que respecta a esos daños la tutela específica no puede ser descartada, a la luz de la interpretación conforme la constitución que proponemos.

En el caso de daños en un vehículo, esa interpretación queda clara. Explica BRIZ que “la reparación del vehículo supone una restitución in natura, según ya he dicho, pero por sí sola no es suficiente en muchos casos para resarcir al perjudicado de todos los menoscabos sufridos por el accidente. A los gastos de reparación ha de añadirse en su caso los debidos al accidente por haber estado, durante el tiempo de la reparación, privado su titular del uso del vehículo, haber tenido que alquilar un vehículo sustituto o por las ganancias frustradas”.<sup>556</sup>

A su vez, siendo regla general la priorización de la tutela específica en el ámbito contractual y extracontractual (art. s 1.101 y 1.092 del CC), aclara PERERA que el art. 1.101 “tiende a convertirse en la regla general en nuestro sistema de la responsabilidad obligacional”<sup>557</sup>, por lo que hay que aplicarse al sistema de los derechos de los consumidores, principalmente en lo que hace referencia a la restitutio in integrum<sup>558</sup>.

---

<sup>556</sup> BRIZ, Jaime Santos, *in* Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Dirigido por Manuel Albaladejo, Tomo XXIV, Artículos 1887 a 1929, Comentados por Jaime Santos Briz y Antonio Gullón Ballesteros, Editorial Revista de Derecho Privado, p.228.

<sup>557</sup> PERERA, Ángel Carrasco, *in* Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Dirigido por Manuel Albaladejo, Tomo XV, Vol 1o, Artículos 1.088 a 1.124, Editorial Revista de Derecho Privado, p.378

<sup>558</sup> Aunque el mismo doctrinario en la secuencia diga que no se aplicaría el artículo para la totalidad del sistema, cuando hubiera normas específicas. PERERA, Ángel Carrasco, *in* Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Dirigido por Manuel Albaladejo, Tomo XV, Vol 1o, Artículos 1.088 a 1.124, Editorial Revista de Derecho Privado, pp. 378-379.

Realmente, otra no puede ser la interpretación hecha a la luz de la Constitución del Reino de España, que establece, como vimos, la necesidad de la prestación de la tutela judicial efectiva, en su art. 24.1, textualmente:

1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

Entiendo que esa disposición constitucional va mas allá de lo que recomienda GUTIÉRREZ. Para la doctrina, la tutela judicial efectiva se puede dar de forma específica o tutela por el equivalente. En ese sentido, indica que “la tutela judicial efectiva puede lograr su objetivo proporcionando a su titular el propio derecho o interés reclamado, esto es, las mismas utilidades que constituyen el objeto de su interés (tutela específica) o bien proporcionándole un equivalente compensatorio del mismo, es decir, utilidades equivalentes (tutela por equivalente).<sup>559</sup>,”

Considero que no obstante de esa deducción, lo que se desprende es que para concretizar la tutela judicial efectiva hay que dar primacía a la reparación in natura de la violación legal y/o contractual, relegando la posibilidad de indemnización a un segundo plano. El objetivo es a consecución del bien de la vida protegido por ley o contractualmente.

560

Efectivamente, no hay campo para una conclusión diferente, debiendo la tutela judicial perseguida ser entregada en su totalidad, con la satisfacción plena de la pretensión, únicamente colocando, en regla, la indemnización por pérdidas y daños en el momento que es imposible la consecución del objetivo pretendido, o la adopción del resultado práctico equivalente.

---

<sup>559</sup> GUTIERREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, p.127.

<sup>560</sup> La protección específica del derecho también se encuentra valorada positivamente en el derecho italiano. Señala GUTIÉRREZ: “Así pues, la jurisprudencia-secundada por la doctrina más reciente-reconoce en el resarcimiento en forma específica el instrumento idóneo para “armar” el derecho subjetivo con una tutela plena, más allá de los supuestos típicos legales, y frente a todo tipo de ilícito, tanto extracontractual como contractual(...)”.

(...) Todo ello convierte al artículo 2058 del *Codice* en norma general del sistema sobre la cual se funda una tutela general específica o acción general de reintegración, que funciona como auténtico “cajón de sastre”, con un contenido variable, en cuanto puede cumplir varias funciones, no solo restitutoria, sino también inhibitoria y preventiva (...). El artículo 2058 del *Codice civile* funciona, en suma, como una cláusula de cierre del subsistema de la tutela *in natura*” .GUTIERREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, pp.147-149. En la doctrina italiana se admite la sustitución por la indemnización por el equivalente, de oficio, por el juez, cuando la tutela específica resulta excesivamente onerosa para el deudor. En lo que se refiere a derechos reales, la tendencia es inadmitir esa sustitución, aunque ya haya sido decidido de manera opuesta. GUTIERREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 150-153.

Como vimos con relación al derecho brasileño, aquí también hay que priorizar la tutela específica, concerniendo que en algunas hipótesis le compete discrecionalmente al juez aplicar la medida que más se adecue al caso concreto (en el caso de daños punitivos, por ejemplo), sin ignorar el derecho subjetivo del demandado a una tutela específica, en determinadas hipótesis taxativamente previstas en ley.

En ese sentido GARCÍA LÓPEZ, al analizar el tema en el derecho español, considera que al juez le concierne la elección de modo de tutela, sin que haya violación al principio dispositivo, que se limita a que el lesionado tenga derecho a la reparación del daño, pero no a la forma como esto ocurrirá<sup>561</sup>.

La prioridad de la tutela específica se observa igualmente, por ejemplo, en el caso de responsabilidad por ruina, donde se agota el derecho subjetivo del demandado en el que se ha dado la oportunidad para cumplir la obligación en forma específica, solamente admitiendo la indemnización en el caso de incumplimiento en el plazo indicado<sup>562</sup>.

Es decir, la tutela específica emerge como el norte a seguir en la legislación española. Y esa parece ser la posición e interpretación mayoritaria de la doctrina, así como la aplicación jurisprudencial de las reglas. Como afirma GUTIÉRREZ, la doctrina y jurisprudencia viene sufragando que la norma del art. 1902 refleja el cumplimiento de una obligación, sin admitir una categoría específica con relación a los contratos, por lo que se aplicaría a los demás regímenes, adicionalmente o por analogía. En otras palabras, la regla se aplicaría también a las relaciones contractuales.<sup>563</sup>

El art. 380 del mismo Código también refleja la preocupación del legislador con la reparación in natura del daño causado, textualmente:

Siempre que el dueño de la materia empleada sin su consentimiento tenga derecho a indemnización, puede exigir que ésta consista en la entrega de una cosa igual en especie y valor, y en todas sus circunstancias, a la empleada, o bien en el precio de ella, según tasación pericial.

---

<sup>561</sup>

<sup>562</sup> “Para la STS 8 febrero 1994( RJ 1994, 836), antes de condenar al constructor a indemnizar en dinero los costes de la reparación, el acreedor debe requerirle para que realice la reparación con sus propios medios(...)” En otro ejemplo, “el Tribunal Supremo estima el recurso, y sostiene que el art. 1591 CC impone una obligación de hacer que, sólo cuando se incumpla el plazo que se señale, permitirá que sea realizada a costa del deudor en los términos de los arts. 1098 CC y 924 LECiv. la misma argumentación hallamos en la SAP Terragona 5 junio 1995(AC 1995, 1202)(...)La misma(...) en la SAP Orense 13 octubre 1995(AC 1995, 1920).PERERA, Angel Carrasco, *in Reparación del daño en forma específica*, Aranzadi Civil, 1996, Tomo I, Volumen II, Primera edición, p. 63.

<sup>563</sup> GUTIÉRREZ, Paloma Tapia, *in La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 96.

Es decir, muchas son las disposiciones codificadas que establecen la reparación integral y específica, admitiéndose la indemnización por daños y pérdidas en carácter subsidiario, siempre que sea imposible el cumplimiento de la prestación originaria. Utilizando ejemplos expuestos por GUTIÉRREZ, observamos esa inclinación normativa en otros artículos del Código Civil, como los arts. 1298<sup>564</sup> y 1540<sup>565</sup>.

Cuando se trata de un daño consecuente de un ilícito penal, trae la legislación respectiva las formas de repararlo, dando prioridad a la tutela específica, con la restitución del bien in natura, conforme sugieren los arts. 110, 111 e 112 del Código Penal, textualmente:

*Artículo 110.*

La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende:

1.º La restitución.

2.º La reparación del daño.

3.º La indemnización de perjuicios materiales y morales.

*Artículo 111.*

1. Deberá restituirse, siempre que sea posible, el mismo bien, con abono de los deterioros y menoscabos que el juez o tribunal determinen. La restitución tendrá lugar aunque el bien se halle en poder de tercero y éste lo haya adquirido legalmente y de buena fe, dejando a salvo su derecho de repetición contra quien corresponda y, en su caso, el de ser indemnizado por el responsable civil del delito.

(...)

*Artículo 112.*

La reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquél y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por el mismo o pueden ser ejecutadas a su costa.

Explica GUTIÉRREZ que la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil español trae redacción relativa al cumplimiento de la obligación, dando énfasis a la necesidad de la reparación integral del daño en la forma específica, en los siguientes términos:

“En virtud de una obligación, el acreedor tiene derecho a exigir una prestación que puede consistir en dar, hacer o no hacer alguna cosa. La prestación, aunque no tenga un contenido económico, ha de satisfacer un interés legítimo del acreedor” 566.

<sup>564</sup>art. 1298 El que hubiese adquirido de mala fe las cosas enajenadas en fraude de acreedores, deberá indemnizar a éstos de los daños y perjuicios que la enajenación les hubiese ocasionado, siempre que por cualquier causa le fuera imposible devolverlas.

<sup>565</sup>art. 1540 El que pierda por evicción la cosa recibida en permuta, podrá optar entre recuperar la que dio en cambio, o reclamar la indemnización de daños y perjuicios; pero sólo podrá usar del derecho a recuperar la cosa que él entregó mientras ésta subsista en poder del otro permutante, y sin perjuicio de los derechos adquiridos entre tanto sobre ella con buena fe por un tercero.

<sup>566</sup> GUTIÉRREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 97 (nota de rodapé).



La Ley Orgánica 1/82 igualmente trae previsión expresa en su artículo 9.2<sup>567</sup>; así como la Ley 29/1994<sup>568</sup>, artículo 23; la Ley 11/1986, artículo 63<sup>569</sup>; Ley 29/2009, artículo 32<sup>570</sup>; Ley 17/2001, artículo 41<sup>571</sup>; Real Decreto Legislativo 01/1996, artículos 138 y 139<sup>572</sup>; así como en la Ley 26/2007<sup>573</sup>.

---

<sup>567</sup> Art. 9.2: La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y, en particular, las necesarias para:

a) El restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición del estado anterior. En caso de intromisión en el derecho al honor, el restablecimiento del derecho violado incluirá, sin perjuicio del derecho de réplica por el procedimiento legalmente previsto, la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del condenado con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida. b) Prevenir intromisiones inminentes o ulteriores. c) La indemnización de los daños y perjuicios causados. d) La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos.

Estas medidas se entenderán sin perjuicio de la tutela cautelar necesaria para asegurar su efectividad.

<sup>568</sup> Artículo 23 Obras del arrendatario

1. El arrendatario no podrá realizar sin el consentimiento del arrendador, expresado por escrito, obras que modifiquen la configuración de la vivienda o de los accesorios a que se refiere el apartado 2 del artículo 2. En ningún caso el arrendatario podrá realizar obras que provoquen una disminución en la estabilidad o seguridad de la vivienda. 2. Sin perjuicio de la facultad de resolver el contrato, el arrendador que no haya autorizado la realización de las obras podrá exigir, al concluir el contrato, que el arrendatario reponga las cosas al estado anterior o conservar la modificación efectuada, sin que éste pueda reclamar indemnización alguna. Si, a pesar de lo establecido en el apartado 1 del presente artículo, el arrendatario ha realizado unas obras que han provocado una disminución de la estabilidad de la edificación o de la seguridad de la vivienda o sus accesorios, el arrendador podrá exigir de inmediato del arrendatario la reposición de las cosas al estado anterior.

<sup>569</sup> art. 63. El titular cuyo derecho de patente sea lesionado podrá, en especial, solicitar: a) La cesación de los actos que violen su derecho. b) La indemnización de los daños y perjuicios sufridos. c) El embargo de los objetos producidos o importados con violación de su derecho y de los medios exclusivamente destinados a tal producción o a la realización del procedimiento patentado. d) La atribución en propiedad de los objetos o medios embargados en virtud de lo dispuesto en el apartado anterior cuando sea posible, en cuyo caso se imputará el valor de los bienes afectados al importe de la indemnización de daños y perjuicios. Si el valor mencionado excediera del importe de la indemnización concedida, el titular de la patente deberá compensar a la otra parte por el exceso. e) La adopción de las medidas necesarias para evitar que prosiga la violación de la patente y, en particular, la transformación de los objetos o medios embargados en virtud de lo dispuesto en el apartado c), su destrucción cuando ello fuera indispensable para impedir la violación de la patente. f) La publicación de la sentencia condenatoria del infractor de la patente, a costa del condenado, mediante anuncios y notificaciones a las personas interesadas. Esta medida sólo será aplicable cuando la sentencia así lo aprecie expresamente.

<sup>570</sup> Artículo 32. Acciones. 1. Contra los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita, podrán ejercitarse las siguientes acciones: 1.ª Acción declarativa de deslealtad. 2.ª Acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura. Asimismo, podrá ejercerse la acción de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica. 3.ª Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal. 4.ª Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas. 5.ª Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente. 6.ª Acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico. 2. En las sentencias estimatorias de las acciones previstas en el apartado anterior, números 1.ª a 4.ª, el tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora.

<sup>571</sup> Artículo 41. Acciones civiles que puede ejercitar el titular de la marca.

1. En especial, el titular cuyo derecho de marca sea lesionado podrá reclamar en la vía civil: a) La cesación de los actos que violen su derecho. b) La indemnización de los daños y perjuicios sufridos. c) La adopción de las medidas necesarias para evitar que prosiga la violación y, en particular, que se retiren del tráfico económico los productos, embalajes, envoltorios, material publicitario, etiquetas u otros documentos en los que se haya materializado la violación del derecho de marca y el embargo o la destrucción de los medios principalmente

destinados a cometer la infracción. Estas medidas se ejecutarán a costa del infractor, salvo que se aleguen razones fundadas para que no sea así.d) La destrucción o cesión con fines humanitarios, si fuere posible, a elección del actor, y a costa siempre del condenado, de los productos ilícitamente identificados con la marca que estén en posesión del infractor, salvo que la naturaleza del producto permita la eliminación del signo distintivo sin afectar al producto o la destrucción del producto produzca un perjuicio desproporcionado al infractor o al propietario, según las circunstancias específicas de cada caso apreciadas por el Tribunal.e) La atribución en propiedad de los productos, materiales y medios embargados en virtud de lo dispuesto en el apartado c) cuando sea posible, en cuyo caso se imputará el valor de los bienes afectados al importe de la indemnización de daños y perjuicios. Si el valor mencionado excediera del importe de la indemnización concedida, el titular del derecho de marca deberá compensar a la otra parte por el exceso.f) La publicación de la sentencia a costa del condenado mediante anuncios y notificaciones a las personas interesadas

<sup>572</sup> Artículo 138. Acciones y medidas cautelares urgentes. El titular de los derechos reconocidos en esta ley, sin perjuicio de otras acciones que le correspondan, podrá instar el cese de la actividad ilícita del infractor y exigir la indemnización de los daños materiales y morales causados, en los términos previstos en los artículos 139 y 140. También podrá instar la publicación o difusión, total o parcial, de la resolución judicial o arbitral en medios de comunicación a costa del infractor.

Artículo 139. Cese de la actividad ilícita.1. El cese de la actividad ilícita podrá comprender:

a) La suspensión de la explotación o actividad infractora, incluyendo todos aquellos actos o actividades a los que se refieren los artículos 160 y 162.b) La prohibición al infractor de reanudar la explotación o actividad infractora.c) La retirada del comercio de los ejemplares ilícitos y su destrucción, incluyendo aquellos en los que haya sido suprimida o alterada sin autorización la información para la gestión electrónica de derechos o cuya protección tecnológica haya sido eludida. Esta medida se ejecutará a expensas del infractor, salvo que se aleguen razones fundadas para que no sea así.d) La retirada de los circuitos comerciales, la inutilización, y, en caso necesario, la destrucción de los moldes, planchas, matrices, negativos y demás elementos materiales, equipos o instrumentos destinados principalmente a la reproducción, a la creación o fabricación de ejemplares ilícitos. Esta medida se ejecutará a expensas del infractor, salvo que se aleguen razones fundadas para que no sea así.e) La remoción o el precinto de los aparatos utilizados en la comunicación pública no autorizada de obras o prestaciones, así como de aquellas en las que se haya suprimido o alterado sin autorización la información para la gestión electrónica de derechos, en los términos previstos en el artículo 162, o a las que se haya accedido eludiendo su protección tecnológica, en los términos previstos en el artículo 160.f) El comiso, la inutilización y, en caso necesario, la destrucción de los instrumentos, con cargo al infractor, cuyo único uso sea facilitar la supresión o neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger un programa de ordenador. Las mismas medidas podrán adoptarse en relación con los dispositivos, productos o componentes para la elusión de medidas tecnológicas a los que se refiere el artículo 160 y para suprimir o alterar la información para la gestión electrónica de derechos a que se refiere el artículo 162.g) La remoción o el precinto de los instrumentos utilizados para facilitar la supresión o la neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger obras o prestaciones aunque aquella no fuera su único uso.h) La suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir derechos de propiedad intelectual, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.2. El infractor podrá solicitar que la destrucción o inutilización de los mencionados ejemplares y material, cuando éstos sean susceptibles de otras utilidades, se efectúe en la medida necesaria para impedir la explotación ilícita.3. El titular del derecho infringido podrá pedir la entrega de los referidos ejemplares y material a precio de coste y a cuenta de su correspondiente indemnización de daños y perjuicios.4. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a los ejemplares adquiridos de buena fe para uso personal.

<sup>573</sup> Artículo 19. Obligaciones del operador en materia de reparación.1. El operador de cualquiera de las actividades económicas o profesionales enumeradas en el anexo III que cause daños medioambientales como consecuencia del desarrollo de tales actividades está obligado a ponerlo en conocimiento inmediato de la autoridad competente y a adoptar las medidas de reparación que procedan de conformidad con lo dispuesto en esta ley, aunque no haya incurrido en dolo, culpa o negligencia. 2. El operador de una actividad económica o profesional no enumerada en el anexo III que cause daños medioambientales como consecuencia del desarrollo de tal actividad está obligado a ponerlo en conocimiento inmediato de la autoridad competente y a adoptar las medidas de evitación y, sólo cuando medie dolo, culpa o negligencia, a adoptar las medidas reparadoras. En todo caso, quedan obligados a la adopción de medidas de reparación los operadores que hubieran incumplido los deberes relativos a las medidas de prevención y de evitación de daños.

Artículo 20. Medidas de reparación.1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 19, cuando se hayan producido daños medioambientales, el operador, sin demora y sin necesidad de advertencia, de requerimiento o de acto administrativo previo:a) Adoptará todas aquellas medidas provisionales necesarias para, de forma inmediata, reparar, restaurar o reemplazar los recursos naturales y servicios de recursos naturales dañados, de

Distinta no es la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece en sus artículos 699 al 710 medidas para la consecución da tutela específica, textualmente<sup>574</sup>:

Artículo 699 Despacho de la ejecución

Cuando el título ejecutivo contuviere condena u obligación de hacer o no hacer o de entregar cosa distinta a una cantidad de dinero, en el auto por el que se despache ejecución se requerirá al ejecutado para que, dentro del plazo que el tribunal estime adecuado, cumpla en sus propios términos lo que establezca el título ejecutivo.

En el requerimiento, el tribunal podrá apercibir al ejecutado con el empleo de apremios personales o multas pecuniarias.(g.n.)

Artículo 700 Embargo de garantía y caución sustitutoria

---

acuerdo con los criterios previstos en el anexo II, sin perjuicio de los criterios adicionales que con el mismo objetivo establezcan las comunidades autónomas. Asimismo, informará a la autoridad competente de las medidas adoptadas.

<sup>574</sup> Artículo 708 Condena a la emisión de una declaración de voluntad

1. Cuando una resolución judicial o arbitral firme condene a emitir una declaración de voluntad, transcurrido el plazo de veinte días que establece el artículo 548 sin que haya sido emitida por el ejecutado, el Tribunal competente, por medio de auto, resolverá tener por emitida la declaración de voluntad, si estuviesen predeterminados los elementos esenciales del negocio. Emitida la declaración, el ejecutante podrá pedir que el Secretario judicial responsable de la ejecución libre, con testimonio del auto, mandamiento de anotación o inscripción en el Registro o Registros que correspondan, según el contenido y objeto de la declaración de voluntad.Lo anterior se entenderá sin perjuicio de la observancia de las normas civiles y mercantiles sobre forma y documentación de actos y negocios jurídicos.2. Si, en los casos del apartado anterior, no estuviesen predeterminados algunos elementos no esenciales del negocio o contrato sobre el que deba recaer la declaración de voluntad, el tribunal, oídas las partes, los determinará en la propia resolución en que tenga por emitida la declaración, conforme a lo que sea usual en el mercado o en el tráfico jurídico.Cuando la indeterminación afectase a elementos esenciales del negocio o contrato sobre el que debiere recaer la declaración de voluntad, si ésta no se emitiera por el condenado, procederá la ejecución por los daños y perjuicios causados al ejecutante, que se liquidarán con arreglo a los artículos 712 y siguientes.

Artículo 709 Condena de hacer personalísimo

1. Cuando el título ejecutivo se refiera a un hacer personalísimo, el ejecutado podrá manifestar al tribunal, dentro del plazo que se le haya concedido para cumplir el requerimiento a que se refiere el artículo 699, los motivos por los que se niega a hacer lo que el título dispone y alegar lo que tenga por conveniente sobre el carácter personalísimo o no personalísimo de la prestación debida. Transcurrido este plazo sin que el ejecutado haya realizado la prestación, el ejecutante podrá optar entre pedir que la ejecución siga adelante para entregar a aquel un equivalente pecuniario de la prestación de hacer o solicitar que se apremie al ejecutado con una multa por cada mes que transcurra sin llevarlo a cabo desde la finalización del plazo. El tribunal resolverá por medio de auto lo que proceda, accediendo a lo solicitado por el ejecutante cuando estime que la prestación que sea objeto de la condena tiene las especiales cualidades que caracterizan el hacer personalísimo. En otro caso, ordenará proseguir la ejecución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 706.2. Si se acordase seguir adelante la ejecución para obtener el equivalente pecuniario de la prestación debida, en la misma resolución se impondrá al ejecutado una única multa con arreglo a lo dispuesto en el artículo 711.3. Cuando se acuerde apremiar al ejecutado con multas mensuales, se reiterarán trimestralmente por el Secretario judicial responsable de la ejecución los requerimientos, hasta que se cumpla un año desde el primero. Si, al cabo del año, el ejecutado continuare rehusando hacer lo que dispusiese el título, proseguirá la ejecución para entregar al ejecutante un equivalente pecuniario de la prestación o para la adopción de cualesquiera otras medidas que resulten idóneas para la satisfacción del ejecutante y que, a petición de éste y oído el ejecutado, podrá acordar el Tribunal.4. No serán de aplicación las disposiciones de los anteriores apartados de este artículo cuando el título ejecutivo contenga una disposición expresa para el caso de incumplimiento del deudor. En tal caso, se estará a lo dispuesto en aquel.

Artículo 710 Condenas de no hacer

1. Si el condenado a no hacer alguna cosa quebrantare la sentencia, se le requerirá, a instancia del ejecutante por parte del Secretario judicial responsable de la ejecución, para que deshaga lo mal hecho si fuere posible, indemnice los daños y perjuicios causados y, en su caso, se abstenga de reiterar el quebrantamiento, con apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia a la autoridad judicial.Se procederá de esta forma cuantas veces incumpla la condena y para que deshaga lo mal hecho se le intimará por el Secretario judicial con la imposición de multas por cada mes que transcurra sin deshacerlo.2. Si, atendida la naturaleza de la condena de no hacer, su incumplimiento no fuera susceptible de reiteración y tampoco fuera posible deshacer lo mal hecho, la ejecución procederá para resarcir al ejecutante por los daños y perjuicios que se le hayan causado.

Si el requerimiento para hacer, no hacer o entregar cosa distinta de una cantidad de dinero no pudiese tener inmediato cumplimiento, el Secretario judicial, a instancia del ejecutante, podrá acordar las medidas de garantía que resulten adecuadas para asegurar la efectividad de la condena.(g.n.)

Se acordará, en todo caso, cuando el ejecutante lo solicite, el embargo de bienes del ejecutado en cantidad suficiente para asegurar el pago de las eventuales indemnizaciones sustitutorias y las costas de la ejecución. Contra este decreto cabe recurso directo de revisión sin efecto suspensivo ante el Tribunal que dictó la orden general de ejecución.

El embargo se alzará si el ejecutado presta caución en cuantía suficiente fijada por el Secretario judicial al acordar el embargo, en cualquiera de las formas previstas en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 529.

Artículo 701 Entrega de cosa mueble determinada

1. Cuando del título ejecutivo se desprenda el deber de entregar cosa mueble cierta y determinada y el ejecutado no lleve a cabo la entrega dentro del plazo que se le haya concedido, el Secretario judicial responsable de la ejecución pondrá al ejecutante en posesión de la cosa debida, empleando para ello los apremios que crea precisos. Si fuera necesario proceder a la entrada en lugares cerrados recabará la autorización del Tribunal que hubiera ordenado la ejecución, pudiéndose auxiliar de la fuerza pública, si fuere preciso.(g.n.)

Cuando se trate de bienes muebles sujetos a un régimen de publicidad registral similar al inmobiliario, se dispondrá también lo necesario para adecuar el Registro de que se trate al título ejecutivo.(g.n.)

a) Si se ignora el lugar en que la cosa se encuentra o si no se encontrara al buscarla en el sitio en que debiera hallarse, el Secretario judicial interrogará al ejecutado o a terceros, con apercibimiento de incurrir en desobediencia, para que digan si la cosa está o no en su poder y si saben dónde se encuentra.(g.n.)

b) (...)

Artículo 702 Entrega de cosas genéricas o indeterminadas

1. Si el título ejecutivo se refiere a la entrega de cosas genéricas o indeterminadas, que pueden ser adquiridas en los mercados y, pasado el plazo, no se hubiese cumplido el requerimiento, el ejecutante podrá instar del Secretario judicial que le ponga en posesión de las cosas debidas o que se le faculte para que las adquiera, a costa del ejecutado, ordenando, al mismo tiempo, el embargo de bienes suficientes para pagar la adquisición, de la que el ejecutante dará cuenta justificada.(g.n.)

2. (...)

El Código civil trae otras disposiciones que también reflejan la tendencia a una tutela judicial más efectiva. En esos términos, los artículos 1098 y 1099 del Código Civil<sup>575</sup>:

Artículo 1098.

Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa.

Esto mismo se observará si la hiciere contraviniendo al tenor de la obligación. Además podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho.

Artículo 1099.

Lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo anterior se observará también cuando la obligación consista en no hacer y el deudor ejecutare lo que le había sido prohibido.

Así, se observa la concretización correcta de las normas constitucionales por parte de esa normatividad peculiar, de modo que alcancen la consecución del derecho de manera más plena, con la entrega del bien de la vida deseado. Y como habíamos expuesto antes,

---

<sup>575</sup> GUTIERREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 268-269.

admitiendo además de la reparación in natura la posibilidad de indemnización por los daños y perjuicios causados hasta la reparación.

Otra previsión legislativa que autoriza la realización in natura del derecho, da amplia postestad al Poder Judicial para satisfacer el objeto del proceso en su totalidad. Dice el artículo 18 de la Ley Orgánica 6/1985 de la Magistratura:

Artículo 18

(...)

2. Las sentencias se ejecutarán en sus propios términos. Si la ejecución resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquella no pueda ser objeto de cumplimiento pleno. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, declarada por el Gobierno, podrán expropiarse los derechos reconocidos frente a la Administración Pública en una sentencia firme, antes de su ejecución. En este caso, el Juez o Tribunal a quien corresponda la ejecución será el único competente para señalar por vía incidental la correspondiente indemnización<sup>576</sup>.

De ese modo, entendemos que así como la sentencia debe fijar con prioridad la tutela judicial específica, determinando la reparación in natura del daño, de modo a preservar el derecho a la tutela judicial efectiva, por fuerza de la misma exegese de ese principio, al ejecutarse la sentencia se debe igualmente priorizar la cumplimiento específico de la decisión judicial. Por lo tanto, el derecho a la que la sentencia se ejecute en sus propios términos es corolario igualmente del principio de la tutela judicial efectiva.

Y esa cuestión se hace importante pues refuerza la necesidad de la tutela específica, evitando que ocurra un cambio al cumplir el decisum, que muchas veces podría sustituir la medida específica deferida en el fallo.

Analizando la ejecución forzosa en el ordenamiento jurídico español GONZÁLES GARCIA sostiene la su prioridad en el sistema jurídico, consecuencia del principio de la tutela judicial efectiva. De ese modo explica que el Tribunal Supremo ha consagrado esa interpretación “ ya que, en caso contrario, las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconozcan o declaren no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna”<sup>577</sup>.

Para LLOBREGAT, “cabe afirmar que nuestro ordenamiento constitucional consagra el derecho fundamental de todos los ciudadanos a obtener de los Juzgados y Tribunales la adopción de las medidas que resulten imprescindibles para que los

---

<sup>576</sup> GUTIERREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, p.266

<sup>577</sup>

pronunciamientos judiciales inobservados o incumplidos por quienes estén obligados por ellos puedan ser ejecutados en sus propios términos coactiva o forzosamente”

Aclara GONZÁLES GARCIA que el Tribunal Constitucional ha establecido ese derecho en diversas sentencias, sea por medio de “la realización de los derechos reconocidos en la misma, o, de otra forma, a la imposición forzosa a la parte vencida del cumplimiento de las obligaciones a que fue condenada, adoptandose las medidas oportunas que posibiliten la ejecución de las resoluciones judiciales en los términos que señala el título de ejecución”

Sigue explicando que “La obligación de respetar lo ordenado en el título ejecutivo comporta, desde un punto de vista subjetivo, un verdadero derecho fundamental a la ejecución, que forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva(art. 24.1CE)”.

Sin embargo, resalta que la posibilidad de sustitución de la medida específica por una tutela indemnizatória es cuestión de legalidad que deve ser interpretada con base en el artículo 18.2 de la LOPJ. Aunque no acordemos con esa asertiva, una vez que pensamos que se trata de derecho de rango constitucional debiendo se extraer la sua autoplicabilidad y eficácia máxima, la posibilidad de no determinarse la ejecución forzosa prevista na LOPJ ocurre cuando hay imposibilidad, lo que al final no reduce la fuerza de la exegese anterior, dandose prioridad a la tutela específica.

De hecho, habiendo imposibilidad no hay como se exigir la prestación específica, cabendo la sustitución por una tutela por el equivalente. El concepto de imposibilidad no será amplamente analizado, pero se aplica tanto en cuetiones fácticas como jurídicas, cabendo un análisis de ponderación de bienes al aplicar la mejor tutela para proteger la violación del derecho.

Hace referencia la doctrina igualmente a la imposibilidad económica, que autoriza la sustitución cuando haya gran desproporcionalidad con el derecho asegurado. Como vimos, igualmente en la fase de decision esa variable es notada de modo a que en algunas hipótesis la aplicacion de la tutela específica se desarrollará.

Por otro lado, hay que observar que el Tribunal Constitucional admite control de constitucionalidad cuando no se ejecutan las sentencias en sus propios términos por arbitrariedad, irrazonabilidad o por error de hecho.

Explica GONZÁLES GARCIA que “razonablemente, la primera opción para satisfacer la acción ejecutiva debe ser, como hemos visto, la búsqueda del cumplimiento in natura de lo que el título ejecutivo ordena(...)

La ejecución genérica o sustitutoria debe aplicarse de forma restrictiva por los tribunales, de acuerdo con la doctrina constitucional”.

En ese sentido la jurisprudencia del Tribunal Supremo que estableció la obligatoriedad del nombramiento para la plaza temporal de trabajo. Decidió que “ a falta, pues, de un motivo legal o de unas circunstancias excepcionales que justificaran la sustitución del mandato de ocupar la plaza por la indemnización acordada ésta supone una modificación de los términos del fallo, y, en consecuencia, una vulneración del derecho del Ayuntamiento a que aquél fuera cumplido en sus propios términos, lo que determina la estimación de este recursi y el otorgamiento del amparo solicitado”.

Por su vez, y como ya mencionado, entendemos que ese mismo razonamiento y principio de la tutela judicial efectiva se aplica ex ante, debiendo guiar al juez al sentenciar, de manera que el título judicial a ser ejecutado, fije igualmente la tutela específica, y no una indemnización por el equivalente, preservando el principio de la instrumentalidad procesal, o sea, de que ese es apenas un medio de obtener la satisfacción in natura del derecho violado, medida que se ve como concretizada de modo asertivo en muchas disposiciones legales supra mencionadas. Tratase de interpretar con el debido alcance la garantía de la tutela judicial efectiva, por medio de la protección in natura del derecho violado.

De ese modo, aunque no hubiera disposición expresa determinando el cumplimiento específico, entendemos que la correcta hermeneutica constitucional impone una interpretación de los dispositivos legales conforme a la Carta Magna, de modo que admite, mismo si no prevista expresamente en la norma, la reparación integral del daño en la forma específica, a la vista del carácter instrumental del proceso, que socorre al ciudadano en la tutela de su derecho subjetivo, como veremos.

De hecho, hay que resaltar, como explica LLOBREGAT, aunque sosteniendo ser un de derecho de configuración legal, que se trata de derecho fundamental vinculando todos los poderes públicos, de modo que cabe al legislador elaborar leyes que no violen la norma constitucional, así como la exegese y aplicación de las normas deberá hacer con que se preserve su maxima efectividad.

Como vimos, restringido el poder de acción material, debe ser autorizado al lesionado la búsqueda por una tutela específica, siempre que tenga su derecho violado, de manera a que se lo tutele efectivamente, consagrando el principio de la tutela judicial efectiva, y de la instrumentalidad procesal.

Como afirmamos, en el Derecho Español el Tribunal Supremo ha decidido que el principio de la tutela judicial efectiva tiene conformación legal, y debe ser ejercido en los límites de la legislación infraconstitucional que lo concretiza.

Sin embargo, hay que se cuestionar si esa interpretación de la garantía por medio del Tribunal Supremo no está en desconectada de su real alcance, por fuerza de la necesidad de que el derecho material se realice en su totalidad, lo que solamente puede ser obtenido con la otorga de medios necesarios para una tutela judicial específica.

De hecho, lo que se denota y se extrae es una amplia concretización en favor de la tutela específica, por medio de interpretaciones jurisprudenciales de modo a que se de primacía a ese tipo de tutela. Es decir: aunque en algunas normas se observe la opción del legislador por una tutela por el equivalente, la jurisprudencia viene interpretando la necesidad de una reparación in natura como prevalente, lo que en mi punto de vista refleje la concretización correcta de la constitución por medio de los aplicadores del derecho.

La doctrina española, investigando el tema de siniestros de automóviles y daños por ruina, establece que no hay que hablar de incongruencia cuando se pide una indemnización, y se determina la reparación, realzando la prioridad de la tutela específica, y admitiendo haber incongruencia sí en el sentido opuesto. Aclara PERERA que “ si la demanda pretende una condena específica de reparación y la sentencia condena a indemnizar los daños, existe incongruencia(STS 30 marzo 1975). En cambio, cuando se solicita la condena al resarcimiento pecuniario consistente en la reparación, puede condenarse directamente a reparar, sin peligro de incongruencia-SSAP Granada 4 mayo 1994(AC 1994, 1667).

Si esto es así, en la hipótesis de ocurrencia de daño social, posibilitada la fijación de daños punitivos, igual medida debe ser tomada, partiéndose de la base de una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, de modo que alcance el objetivo preventivo inherente al sistema de responsabilidad civil de manera eficaz, otorgando la tutela efectiva a los lesionados.

Por lo tanto, se debe admitir la determinación de una medida específica para ser implementada, en sustitución de eventuales daños punitivos susceptibles de ser fijados, una vez que existe la posibilidad constitucional e infraconstitucionalmente asegurada y priorizada por el ordenamiento jurídico, de manera que alcance con más eficiencia y asertividad el objetivo del proceso y de la jurisdicción, entregando el bien de la vida a aquellos que tienen el derecho, en el menor tiempo posible, y de forma más eficiente.

Favorables a la sustitución, porque es mucho más eficiente que la imposición de multa, por ejemplo, aunque defendiendo diversas hipótesis, resaltan CODERCH y PALOU



que efectivamente cesar una actividad se torna más oneroso, y, por eso, posee disuasión más eficaz que la imposición de multa de difícil cuantificación.<sup>578</sup>

Citando SANTOS BRIZ, GUTIÉRREZ afirma que el Doctrinador aduce ser

“...principio de general aplicación en las legislaciones el de la reparación de daños en forma específica. Si el dañador-dice el autor-ha ocasionado un menoscabo en la esfera jurídica de otra persona, es lógico que la reparación debida consista en reintegrar esa esfera lesionada a su estado anterior a la causación del daño (*restitutio in integrum*). Solamente cuando no es posible esa reintegración al estado originario se acude a verificar la reparación en dinero, entregando al perjudicado una equitativa indemnización. El principio de la indemnización en dinero sería, pues, la excepción”.<sup>579</sup>

Para LACRUZ, la medida prioritaria a ser determinada es la reparación en la forma específica, apenas admitiendo la sustitución por indemnización por el equivalente en la imposibilidad de su consecución, o cuando haya onerosidad excesiva en la realización de la medida reparatoria.

De hecho, como vimos con antelación, se observa que existe cierta discusión doctrinaria en España acerca de la aceptación de la ejecución específica cuando haya onerosidad excesiva en el cumplimiento forzado. Para algunos se trataría de hipótesis de imposibilidad económica.

Las opiniones se dividen, algunos considerando que sería adecuada la tutela específica cuando se trate de obligación originariamente debida, solamente siendo excluida en la hipótesis de extinción de la obligación o inexigibilidad, otros considerando que se hace posible la fijación de la tutela por el equivalente por el juez cuando es excesiva la onerosidad o el costo es desproporcional con la utilidad en la ejecución in natura<sup>580</sup>.

Aunque sin adentrar en este análisis específico, la mayor parte de la doctrina italiana sufraga la tutela específica como prioritaria sobre la indemnización por el equivalente.

Según cita GUTIÉRREZ, POGLIANI “afirma que la obligación de reparar el daño resulta satisfecha de la manera más plena y completa mediante la restauración(repristino) de la situación resultante de la lesión y que la reintegración en forma específica del patrimonio del acreedor-restitutio in integrum- constituye el remedio más eficaz y que mejor responde a la exigencia natural tanto individual como colectivamente, tanto que,

---

<sup>578</sup> YAGUEZ, *idem, ibidem*, p. 123

<sup>579</sup> SANTOS BRIZ, Jaime: “Comentario al art. 1902”, en Comentarios al Código Civil, T.XXIV, EDESA, Madrid, 1984, p.187, *apud* GUTIÉRREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, p.203.

<sup>580</sup> GUTIÉRREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, p.159.

desde el punto de vista histórico, aparece como el más remoto sistema de resarcimiento. Las Doce Tablas imponían la restitución de la cosa dañada y no fue hasta la Lex Aquilia cuando se delinea el sistema de resarcimiento por el equivalente pecuniario.<sup>581</sup>

Afirma la misma doctrina que DE CUPIS y FRANCESCHETTI también interpretan el sistema jurídico del mismo modo, dando prevalencia a la reparación específica, considerando por subsidiaria la indemnización por el equivalente, siendo esta la posición mayoritaria de la jurisprudencia italiana.<sup>582</sup>

Hay, por cierto voces contradictorias, considerando prevalente la voluntad del demandante, sin otorgar derecho subjetivo al demandado, como MARTÍN CASALS.<sup>583</sup> Sin embargo como fue visto, entiendo que esta no es siempre la posición más acertada, con la primazia por la tutela específica, la discrecionalidad judicial, cuando necesaria y incluso dado que muchas veces el demandado también tendría el derecho subjetivo a reparar el daño causado en la forma específica.

De ese modo, como veremos, al medio que mejor alcanza el objetivo del sistema de responsabilidad civil se debe dar prevalencia, muchas veces jugando el papel preponderante en la elección del instrumento más eficaz para reparar el daño, así que la autonomía de las partes sufre limitaciones, principalmente cuando se tratan de daños punitivos.

De hecho, como veremos, entiendo que en lo que hace referencia a los daños punitivos, y su carácter social, así como de manera a garantizar con más efectividad la protección del derecho perseguido en juicio y la efectividad de la tutela jurisdiccional, hay que adoptar tal interpretación.

---

<sup>581</sup> POGLIANI, Mario: *Responsabilità e risarcimento da illecito civile*, Giuffrè, Milán. 1964, p. 418, apud GUTIERREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, p.206.

<sup>582</sup> DE CUPIS, Adriano: *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*(Trad. Martínez Sarrión), Bosch, Barcelona, 1975, p.830; FRANCESCHETTI, Paolo: *La responsabilità civile*, Maggioli Editore; Dogana, 2009,, disponible en [https://books.google.com.br/books?id=Z5X\\_tkUT2pMC&pg=PA19&lpg=PA19&dq=franceschetti+paolo+la+responsabilita+civile&source=bl&ots=C0Ya-0otJX&sig=yqXwdaeVKealpERlqMFDjauxMo&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwi1la26nYvPAhUDmJAKHdFaDHoQ6AEIJzAC#v=onepage&q=franceschetti%20paolo%20la%20responsabilita%20civile&f=false](https://books.google.com.br/books?id=Z5X_tkUT2pMC&pg=PA19&lpg=PA19&dq=franceschetti+paolo+la+responsabilita+civile&source=bl&ots=C0Ya-0otJX&sig=yqXwdaeVKealpERlqMFDjauxMo&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwi1la26nYvPAhUDmJAKHdFaDHoQ6AEIJzAC#v=onepage&q=franceschetti%20paolo%20la%20responsabilita%20civile&f=false), visitado 12/09/2016, p. 339, apud, GUTIERREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, p.207.

<sup>583</sup> MARTÍN CASALS da primazia pleito do demandante, como vimos.MARTÍN-CASALS, Miquel, : *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*(Traducción a cargo de la REDPEC), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 213, apud GUTIERREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, p.210.

Como ya fue anteriormente expuesto, según GUTIÉRREZ, la prioridad de la tutela específica es la posición dominante en la doctrina y jurisprudencia francesa.<sup>584</sup>

De ese modo, corroborando la tesis de prevalencia del interés en alcanzar mejor los objetivos del sistema de responsabilidad, hay que observar la corriente que otorga al magistrado la decisión en cuanto la forma más eficiente de tutela judicial para el caso concreto, como vimos.

De hecho, algunos abogan por la tesis que otorga al juez el poder de determinar el tipo de reparación del daño que deberá ser realizado por el demandado. Como vimos anteriormente, reiteramos aquí el entendimiento de que “es al juez y sólo a él a quien compete adoptar la decisión acerca de la forma más conveniente de resarcimiento a la vista de los intereses en juego, intereses que, en ocasiones, no serán solamente los del perjudicado y el responsable, razón por la cual estiman que la remisión de esa decisión al juez aparece como la opción más razonable”.

GARCÍA LÓPEZ, al analizar el tema, considera que le concierne la elección de la forma de tutela al juez, sin existir violación al principio dispositivo, que se limita a que el lesionado tenga derecho a la reparación del daño, pero no el modo como este ocurrirá<sup>585</sup>.

Entiendo que esa debe ser la orientación, principalmente con relación a los daños punitivos, por su relevancia que ultrapasa el derecho individual.

Concluyendo, resalto que hay que priorizar la reparación in natura, por entender que satisface de la manera más precisa el interés de las partes en litigio. Además, aunque se admita que estas pueden en común acuerdo optar por la indemnización por el equivalente, observo que en hipótesis específicas esta decisión no puede prevalecer, una vez que el interés público debe ser priorizado. En ese sentido, se debe valorar en concomitancia la tesis que otorga al magistrado la decisión, de modo que se adopte la opción más correcta, dependiendo del caso concreto.

En lo que hace referencia específicamente al derecho del consumidor, el artículo 13, letra f, de la TRLGDCU establece el deber de “retirar, suspender o recuperar los consumidores y usuarios mediante procedimientos eficaces, cualquier bien o servicio que no se ajuste a las condiciones y requisitos exigidos o que, por cualquier otra causa, suponga un riesgo previsible para la salud o seguridad de las personas.” Para mí, un ejemplo claro de

---

584

<sup>585</sup> GRACÍA LÓPEZ, Ramón y RUBIO TORRANO, Enrique: *Responsabilidad civil por daños morales (doctrina y jurisprudencia)*, Bosch, Madrid, 1990, pp.117-119, apud GUTIÉRREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 211-212.

tutela específica para la retirada de mercancía de los establecimientos comerciales. Y, una de las medidas que podría adoptar el juez al decidir un caso sometido en sí, por medio de la sustitución de los daños punitivos por una tutela específica.

Además, en el artículo 8 establece la norma específicamente que los daños causados serán reparados, por lo que se entiende es que se trata de reparación in natura, sin alejar la posibilidad de indemnización por los daños causados y que no admiten la reparación in natura. Establece la norma, textualmente:

Artículo 8 Derechos básicos de los consumidores y usuarios

Son derechos básicos de los consumidores y usuarios:(..)

- c. La indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos.(...)
- f. La protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, en especial ante situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión.

En lo que hace referencia a la obligación contractual del vendedor, en caso de entrega del producto que no fuera el contratado, podrá el consumidor exigir la reparación o la sustitución del producto, pero siempre una tutela específica para la entrega del pedido contratado. Así establece la ley:

Artículo 119. Reparación y sustitución del producto.

1. Si el producto no fuera conforme con el contrato, el consumidor y usuario podrá optar entre exigir la reparación o la sustitución del producto, salvo que una de estas dos opciones resulte objetivamente imposible o desproporcionada. Desde el momento en que el consumidor y usuario comunique al vendedor la opción elegida, ambas partes habrán de atenerse a ella. Esta decisión del consumidor y usuario se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente para los supuestos en que la reparación o la sustitución no logren poner el producto en conformidad con el contrato.

2. Se considerará desproporcionada la forma de saneamiento que en comparación con la otra, imponga al vendedor costes que no sean razonables, teniendo en cuenta el valor que tendría el producto si no hubiera falta de conformidad, la relevancia de la falta de conformidad y si la forma de saneamiento alternativa se pudiese realizar sin inconvenientes mayores para el consumidor y usuario.

Para determinar si los costes no son razonables, los gastos correspondientes a una forma de saneamiento deben ser, además, considerablemente más elevados que los gastos correspondientes a la otra forma de saneamiento.

Por lo tanto, establece la reparación in natura por entrega de producto con defectos o en razón de la entrega de objeto diferente del contratado, aunque autorice la elección por el proveedor, en casos de costes no razonables. Sin embargo, sin desnaturalar la entrega in natura de la prestación, y no su sustitución por una indemnización por pérdidas y daños.

De hecho, solamente en la hipótesis que la reparación o sustitución no hiciera con que el contrato se cumpla a satisfacción, podrá el consumidor optar por la resolución del contrato, lo que demuestra una vez más la opción de las normas por el cumplimiento forzoso del contrato:

Artículo 120. Régimen jurídico de la reparación o sustitución del producto.

La reparación y la sustitución se ajustarán a las siguientes reglas:(...)

d) Si concluida la reparación y entregado el producto, este sigue siendo no conforme con el contrato, el consumidor y usuario podrá exigir la sustitución del producto, salvo que esta opción resulte desproporcionada, la rebaja del precio o la resolución del contrato en los términos previstos en este capítulo.(...)

di) f) Si la sustitución no lograra poner el producto en conformidad con el contrato, el consumidor y usuario podrá exigir la reparación del producto, salvo que esta opción resulte desproporcionada, la rebaja del precio o la resolución del contrato en los términos previstos en este capítulo.(..)

Artículo 121. Rebaja del precio y resolución del contrato.

La rebaja del precio y la resolución del contrato procederán, a elección del consumidor y usuario, cuando este no pudiera exigir la reparación o la sustitución y en los casos en que estas no se hubieran llevado a cabo en plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor y usuario. La resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia.

Además, ese derecho no lo excluye de ser indemnizado por los daños y perjuicios causados por el producto o servicio, en los términos del artículo 128 de la LGDCU:

Artículo 128. Indemnización de daños.

Todo perjudicado tiene derecho a ser indemnizado en los términos establecidos en este Libro por los daños o perjuicios causados por los bienes o servicios.

Las acciones reconocidas en este libro no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener a ser indemnizado por daños y perjuicios, incluidos los morales, como consecuencia de la responsabilidad contractual, fundada en la falta de conformidad de los bienes o servicios o en cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, o de la responsabilidad extracontractual a que hubiere lugar.

De esa manera entiendo que debe ser intentada primeramente la reparación in natura, de modo a satisfacer con más plenitud el principio de la tutela judicial efectiva.

En cuanto al razonamiento jurisprudencial acerca de la materia, vimos ejemplos arriba de la aplicabilidad de la tutela específica inhibitoria<sup>586</sup>, junto con la indemnización por daños y perjuicios causados. Es decir, se puede inferir por la preferencia en la aplicación de la tutela específica, apenas indemnizando cuando esta permanece inefectiva o imposible de ser aplicada, como con relación a los perjuicios ya causados e irreparables (ej: contaminación que perjudicó la salud de los habitantes cercanos a la fábrica).

---

<sup>586</sup> Vide pag. 18 e ss.

En la misma dirección la sentencia del Tribunal Supremo del 14 de noviembre de 1996(6361/1996), confirmando la sentencia de primera instancia que condenó la demandada a que se abstuviera de “verter escombros en la concesión de los actores coincidentes con el perímetro de su finca, y a retirar los ya efectuados”.<sup>587</sup> Comentando el tema, aduce GUTIÉRREZ que “lo realmente interesante de este supuesto es que permite distinguir lo que constituye una medida de tutela inhibitoria (la abstención del vertido) y una medida que - considero- es de reparación del daño en forma específica: la retirada de los vertidos ya efectuados. Efectivamente, el vertido ya efectuado constituye un daño ya producido, susceptible de ser reparado-al menos parcialmente-mediante una medida de reparación específica, materializada en el acto físico de retirarlos”<sup>588</sup>.

Se debe observar que en realidad, en el ejemplo de arriba, hay dos formas de tutela específica: una, inhibitoria, determinando la no reiteración de la conducta ilícita, y otra reparatoria, determinando la reparación específica del daño.

A pesar de los ejemplos citados, aclara GUTIÉRREZ que son escasos los campos en los que las Cortes tienen inclinación sobre el tema. Sin embargo, la materia fue ampliamente analizada en el ámbito del contrato de obras y responsabilidad por destrucción de los edificios, cuya norma de regencia actualmente reside en el art. 17 y ss de la Ley de Ordenación de la Edificación de 1999. Diversos son los juzgados que sugieren la prevalencia de la tutela específica frente a la tutela por el equivalente. Cita GUTIÉRREZ, en este sentido:

“La acción ejercitada, a tenor de lo que se pide es la del cumplimiento del artículo 1.091 del Código, aunque este artículo no se examine en la demanda y el mismo ha de ser aplicado con preferencia al cumplimiento por equivalencia-indemnización de perjuicios del artículo 1.101- al que, en principio ha de atribuírsele carácter subsidiario de aquel otro capital de cumplimiento “in natura”(STS 21/11/1990-8435/1990-),”<sup>589</sup>.

El juzgado abajo señala en la misma dirección:

“...En nuestro sistema el cumplimiento de la obligación por equivalencia es subsidiario de la satisfacción del acreedor en forma específica. Como puso de manifiesto la sentencia de 13 de julio de 2.005, la reparación in natura(debería decir el “cumplimiento in natura”) es preferente a la indemnizatoria, tratándose de

---

<sup>587</sup> GUTIERREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, p.175.

<sup>588</sup> GUTIERREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, p.175.

<sup>589</sup> GUTIERREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, p.160.

obligaciones de hacer, como es la que podía exigir la demandante (STS10/10/2005-6003/2005-).<sup>590</sup>

GUTIÉRREZ, analizando la diversidad de entendimiento jurisprudencial sobre el tema, trae a la luz que otros juzgados que caracterizan como principal la reparación en la forma específica, siendo la indemnización por equivalente subsidiaria, solamente aplicándose ante la imposibilidad de aquella. En ese sentido: STS 05/04/2006(1855/2006); SSAP AB 04/05/2001 (396/2001) y M 28/07/2003(9257/2003).<sup>591</sup>

Hay, inclusive, decisiones que determinan el derecho subjetivo del deudor a ser autorizada la reparación in natura del daño causado, y no condenado en pérdidas y daños. Como explica GUTIÉRREZ, “ según una doctrina, en sede del artículo 1591 del Código Civil- o este precepto en relación o coordinación con el artículo 1098 del mismo cuerpo legal- el juzgador no puede condenar al demandado a satisfacer al actor una cantidad de dinero en concepto de autorreparación proyectada(o consumada antes del proceso), sin que a aquél se le ofrezca primero la posibilidad de que dicha reparación sea realizada por él mismo y con sus propios recursos. De los artículos 1098 del Código Civil y 706 de la Ley 1/2000. de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se desprendería con claridad que la ejecución “ acostada del deudor” y, más aún, la indemnización pura de los daños, es una solución jerárquicamente subordinada a que el deudor no cumpla con la obligación establecida en la sentencia de condena, o lo haga indebidamente(de nuevo), sin que baste haber incumplido antes del proceso la obligación material de entregar un inmueble idóneo (SSTS 12/12/1990(9140/1990), 17/3/1995(1616/1995), 13/07/2005(4759/2005) y 14/07/2003(4955/2003)”.<sup>592</sup>

Otras decisiones judiciales y opiniones doctrinarias siguen ese mismo razonamiento, con algunas variaciones. Así, por ejemplo, cita GUTIÉRREZ que algunos consideran que habría una jerarquía de remedios resarcitorios, y que solamente podría ser convertido en pérdidas y daños después de agotar las posibilidades previstas en la ley, y desde que haya sido rechazada por el deudor la posibilidad de reparación in natura del daño por su parte. En

---

<sup>590</sup> GUTIERREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, p.161.

<sup>591</sup> GUTIERREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, p.202.

<sup>592</sup> GUTIERREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, p.164.

decisiones citadas por la misma autora, aparece reiteradamente la subsidiariedad de la indemnización por el equivalente con relación a la tutela específica.<sup>593</sup>

Así, entiende que al ser clasificada como tutela primordial, la tutela específica podría ser exigida tanto por el demandante como por el demandado. Es decir, sería derecho subjetivo de ambos optar por esta forma de reparación del daño. Aclara, sin embargo, que habiendo un acuerdo entre ambas partes, se admitiría la sustitución de esta por la indemnización por el equivalente.<sup>594</sup>

Como vimos, entiendo que esta debe ser buscada primordialmente, otorgando al juez la discrecionalidad en algunos casos, como los daños punitivos, aunque se acuerde de otro modo.

BRIZ explica, analizando los artículos 1902 y 1101 del Código Civil, cuyo entendimiento debe ser aplicable a la responsabilidad civil en el ámbito de defensa del consumidor, que el Tribunal Supremo ha pasado por un período de incertidumbre, firmando su jurisprudencia que sea la responsabilidad contractual o extrancontractual, hay que darse prevalencia a la reparación en forma específica.<sup>595</sup>

Como vimos, considero que por regla general ese entendimiento ha de prevalecer. Y, tratándose de tutela específica de daños punitivos, donde reside interés público en la correcta reparación del daño, de modo que alcance el objetivo perseguido por la institución en el sistema de responsabilidad civil, se ha de otorgar al magistrado el poder-deber de adoptar la medida que consiga con más eficacia alcanzar los objetivos perseguidos por los daños punitivos, que como demostraremos, generalmente converge en la tutela específica.

En efecto, hay que resaltar que la discrecionalidad dada a las partes no siempre va ser prevalente, teniendo en mente el proceso en curso y los bienes protegidos jurídicamente. Como ejemplo, en la hipótesis de acción civil pública contra emisión de gases tóxicos, el autor de la acción no puede disponer del derecho de obtención de la tutela específica para la adopción de medidas descontaminantes, como la contratación de filtros, o la cesación de la emisión, conformándose con una indemnización pecuniaria. En este particular, el interés

---

<sup>593</sup> Assim, STS 5/4/2006(1855/2006); SSAP AB 4/5/2001 (396/2001), BA 28/7/2003 (1093/2003). GUTIERREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, pp.164-165.

<sup>594</sup> MARTÍN CASALS da prioridad al pleito del demandante, como vimos. MARTÍN-CASALS, Miquel, : *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil(Traducción a cargo de la REDPEC)*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 213, apud GUTIERREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, p.210.

<sup>595</sup> BRIZ, Jaime Santos, in *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dirigido por Manuel Albaladejo, Tomo XXIV, Artículos 1887 a 1929, Comentados por Jaime Santos Briz y Antonio Gullon Ballesteros, Editorial Revista de Derecho Privado,, pp. 191-192.



público no admite la sustitución, debiendo ser determinada en la sentencia la tutela específica del derecho violado, dado el interés público involucrado.

De la misma manera, con relación a una acción individual con pedido de daños punitivos, pues lo que se pretende combatir es la reiteración de la conducta que culmina muchas veces en la reiteración de la conducta lesiva y violación de derechos de una gama de personas, reflejando de forma negativa en la sociedad. Aquí, el interés público impone una medida que logra el objetivo de desestimular la acción ilícita, e incentivar la adopción del nivel de cuidado deseado.

En lo que se refiere específicamente al derecho consumista, es válido resaltar que la Ley de Enjuiciamiento Civil aboga expresamente la posibilidad de tutela específica para las acciones colectivas que tratan sobre el derecho consumista, en su art. 711, lo que demuestra una vez más la prevalencia en ese tipo de tutela.<sup>596</sup>

Así, no es extraño al sistema jurídico español la propuesta presentada en este trabajo, determinando la reparación in natura de derechos violados.

Por lo expuesto vimos que la tutela específica debe ser considerada como medio preponderante para el cumplimiento de la obligación, habiendo un poder deber del magistrado en aplicarla, siempre y cuando satisfaga mejor el objetivo perseguido por el proceso en curso. En la esfera de los daños punitivos, como veremos, debe ser determinada siempre que posible, de modo a satisfacer los objetivos del sistema de responsabilidad civil.

Vimos igualmente que hay hipótesis inclusive del derecho subjetivo del acusado en poder cumplir la obligación de manera específica, lo que agrega fundamentos válidos para que esa medida sea aplicada con más constancia.

Ahora vamos a analizar sucintamente algunas normas en sistemas jurídicos de otros países.

### **3.2.3. Sistemas jurídicos extranjeros.**

---

<sup>596</sup> Artículo 711 Cuantía de las multas coercitivas

1. Para determinar la cuantía de las multas previstas en los artículos anteriores se tendrá en cuenta el precio o la contraprestación del hacer personalísimo establecidos en el título ejecutivo y, si no constaran en él o se tratara de deshacer lo mal hecho, el coste dinerario que en el mercado se atribuya a esas conductas.

Las multas mensuales podrán ascender a un 20 por ciento del precio o valor y la multa única al 50 por ciento de dicho precio o valor.

2. La sentencia estimatoria de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios impondrá, sin embargo, una multa que oscilará entre seiscientos y sesenta mil euros, por día de retraso en la ejecución de la resolución judicial en el plazo señalado en la sentencia, según la naturaleza e importancia del daño producido y la capacidad económica del condenado. Dicha multa deberá ser ingresada en el Tesoro Público.

La reparación in natura aparece como medida primordial o como una de las opciones posibles en otros ordenamientos jurídicos mundiales. En la investigación sobre el tema, concluye GUTIÉRREZ que dan primacía a esta forma de reparación del daño los ordenamientos jurídicos austriaco, húngaro, alemán y portugués.<sup>597</sup>

BRIZ igualmente explica que sistemas jurídicos de países extranjeros establecen la prioridad de la reparación in natura, solamente autorizando la indemnización por el equivalente ante la imposibilidad de ocurrir la primera. Aduce que es ese el entendimiento en los códigos civiles de Alemania (§§249, 250y 251), Austria (§1.323), Italia (§1.534) y Portugal (art. 562). Relata que “la reparación de daños, como se ha visto, se realiza predominantemente en el Derecho comparado en forma específica, acudiéndose a la indemnización en dinero como medio supletorio de resarcimiento, cuando no es posible la restitutio in integrum”.<sup>598</sup>

En esta esfera, investigando los sistemas jurídicos extranjeros, revela RIBEIRO la existencia de diferentes mecanismos para hacer cumplir el derecho sustantivo in totum, evitando la sustitución de la prestación por pérdidas y daños, como la previsión de astreintes en Italia<sup>599</sup>; el sistema germánico, que admite la aplicación de una pena pecuniaria por incumplimiento de la obligación (que revierte al Estado) y excepcionalmente una pena privativa de libertad.<sup>600</sup>

En el mismo sentido de la prevalencia de la reparación del daño la doctrina de GUTIERREZ al afirmar que el §251-2 BGB establece, como se describió anteriormente, que el acreedor solo puede solicitar la reparación in natura, estando subordinado el requerimiento de indemnización por el equivalente al transcurso del plazo para el cumplimiento, y sin ser la prestación efectiva.<sup>601</sup>

Por su vez, establece el BGB, en el artículo 249(§249): “(I) Quién está obligado al resarcimiento de un daño deberá reponer las cosas al estado en que se encontrarían si el

---

<sup>597</sup> GUTIERREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 65.

<sup>598</sup> BRIZ, Jaime Santos, in *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dirigido por Manuel Albaladejo, Tomo XXIV, Artículos 1887 a 1929, Comentados por Jaime Santos Briz y Antonio Gullon Ballesteros, Editorial Revista de Derecho Privado., p.234

<sup>599</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães, *idem, ibidem*, p. 162.

<sup>600</sup> Aclara KUPELYANTS, con relación al derecho germánico, que “Sólo cuando la actividad requerida para realizar depende exclusivamente (...) de la voluntad del acreedor y no pueda ser realizada por un tercero, se pueden ordenar multas y encarcelamiento contra el deudor, sujeto al principio de proporcionalidad (...).<sup>600</sup> Como vimos, considero que esa última opción legislativa peca por una mala concretización de la Constitución y análisis sistemático de los principios y garantías fundamentales, no debiendo ser impuesta la privación de libertad por fuerza de incumplimiento de la obligación civil.

<sup>601</sup> Afirma, sin embargo, que el § 250 abre la posibilidad de indemnización por el equivalente. El deudor, a su vez, puede pedir la reparación por el equivalente, en la hipótesis de onerosidad excesiva.

acontecimiento que da lugar al deber de resarcir no se hubiera producido”<sup>602</sup>, con la posibilidad del lesionado optar por la reparación monetaria (§249-2).<sup>603</sup> Además, admite la concomitancia de la reparación in natura e indemnización, cuando la primera no fuera posible o suficiente<sup>604</sup>.

Analizando el sistema jurídico alemán, explica KUPELYANTS que “la premisa de partida de la legislación alemana es la disponibilidad de la demanda para una actuación específica por incumplimiento de una obligación, incluidas las obligaciones contractuales (§241(1) BGB)(...). La ley alemana exige al acreedor que conceda al deudor un período de gracia (Nachfrist) para mantener el contrato vigente antes de otros recursos (e.j. daños, terminación) (...). En consecuencia, el acreedor se limita a una actuación específica(....)”<sup>605</sup>

A su vez, el código civil austríaco, ABGB, según GUTIÉRREZ,<sup>606</sup> igualmente prioriza la reparación in natura en su artículo 1323, textualmente: “ Para indemnizar los daños causados ha de restablecerse la situación anterior a su causación o, si esto no es posible, indemnizar el valor en que se aprecien aquellos. Si la indemnización se refiere solamente a los daños sufridos ha de obtenerse con ella una reparación completa de aquellos, incluso las ganancias frustradas y una reparación de las ofensas sufridas, hasta su completa satisfacción”.

607608

Igualmente, la previsión de las astreintes en el ordenamiento jurídico francés, con “carácter conminatorio(...) que tiene por única finalidad doblegar la voluntad del deudor, constriñéndole al cumplimiento in natura de su obligación. Se trata de un mecanismo de coerción indirecta, ya que ésta se ejerce sobre los bienes del deudor y no sobre su persona”<sup>609</sup>, y es posible su fijación ex officio por el juez.

---

<sup>602</sup> LAMARCA I MARQUÉS, Albert y ARROYO AMAYUELAS, Esther: *Código Civil alemán*, Pons, Madrid(2008) apud GUTIÉRREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, p.70.

<sup>603</sup> GUTIÉRREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, p.71.

<sup>604</sup> MANDRIOLI, Dino: “Risarcimento del dano in forma specifica”, *Riv. Dir. Comm*, 1922, I pp.352-402, apud GUTIÉRREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, p.71

<sup>605</sup> KUPELYANTS, Hayk, in *Specific performance in the draft common frame of reference*, UCL J.L. and J. 2012, 1 (2), 15-45.

<sup>606</sup> GUTIÉRREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, p.73.

<sup>607</sup> GUTIÉRREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, p.73

<sup>608</sup> Sin embargo, en líneas posteriores afirma la doctrina que cuando el acto no fuera cometido con malicia o negligencia, cabe una indemnización compensatoria.

GUTIÉRREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, p.73

<sup>609</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães, *idem*, *ibidem*, p. 166.

KUPELYANTS aduce que “Una de las particularidades de la ley francesa es que el cumplimiento específico está asegurado por la imposición de un mecanismo de coerción llamado *astreintes*. *Astreintes* consiste en imponer una multa judicial considerablemente elevada, "sin depender de daños", al deudor que se niegue a ejecutar específicamente sus obligaciones contractuales. La cantidad de *astreintes* es proporcional al tiempo que el deudor se mostró renuente a cumplir sus obligaciones contractuales.

Las *astreintes* es extremadamente eficiente. Si bien las órdenes de cumplimiento específico pueden enfrentar obstáculos irresistibles a su ejecución, las *astreintes* constituyen un incentivo muy fuerte para cumplir con las obligaciones contractuales. Sin embargo, el mecanismo de *astreintes* no está desprovisto de deficiencias. La adjudicación de *astreintes* no depende de los daños causados, permitiendo así a las *astreintes* transformarse en un daño punitivo en caso que el deudor se resista a cumplir sus obligaciones durante un período de tiempo considerable”<sup>610</sup>.

### 3.2.3.1. Estados Unidos y Inglaterra:

En lo que hace referencia al derecho anglosajón, esclarece GUTIÉRREZ que la materia no es pacífica, algunas veces siendo establecida la reparación in natura de la prestación (*specific performance*), algunas veces como restitución (*restitution*).<sup>611</sup>

Según aclara, la *injunction* es una forma de cumplimiento in natura de la prestación, tratándose de orden personal dirigida al demandado para hacer o no hacer algo, y su incumplimiento es considerado como desacato. Tratándose de determinación de cumplimiento de disposición contractual, que es conocido como cumplimiento específico.<sup>612</sup>

De ese modo, el desacato al tribunal (*contempt of court*) autoriza la prisión de la parte que incumple una decisión judicial. Es decir, determinada una conducta por el juez, por medio de un mandato (*injunction*), que se refiere a una obligación personal o no fungible, la no obediencia es considerada desacato al tribunal (*contempt of court*) y puede llevar a la privación de la libertad de la parte.<sup>613</sup>

---

<sup>610</sup> KUPELYANTS, Hayk, in *Specific performance in the draft common frame of reference*, UCL J.L. and J. 2012, 1 (2), 15-45.

<sup>611</sup> GUTIÉRREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, p.89.

<sup>612</sup> GUTIÉRREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, p.90.

<sup>613</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães, *idem*, *ibidem*, p. 169.

Según GUTIÉRREZ, se puede definir contempt of court como “la desobediencia a un tribunal por actuar en oposición a su autoridad, a su justicia o a su dignidad”<sup>614</sup>

Esclarece que el derecho inglés estaba dividido en dos sistemas jurídicos (common law and equity), con tribunales específicos, así como soluciones jurídicas, siendo las indemnizatorias legales y las coercitivas en su mayoría de equidad, estas ejecutables por desacato. Actualmente, hay una mezcla de los sistemas, dando a los tribunales competencias relativas a ambos. En otras palabras, pueden determinar soluciones indemnizatorias o coercitivas, siendo estas últimas las que implican desacato.<sup>615</sup>

Sin embargo,<sup>616</sup> según KUPELYANTS, dada la alta penalidad impuesta en el momento que no hay cumplimiento de la determinación de la corte de una tutela específica (caracterizando contempt of court), esta es usada residualmente, solamente en casos extremos, siendo de la naturaleza del derecho inglés la preponderancia por la indemnización por los daños y perjuicios en el caso de incumplimiento de una obligación.

Considero que tal y como se concretiza de forma más plena el principio de acceso a la justicia, y tutela judicial efectiva, hay que dar primacía a este tipo de medida en detrimento de la indemnización de daños y perjuicios. No obstante, deberían ser adoptados otros mecanismos de coacción que lo la prisión.

En la línea de prevalencia del cumplimiento específico a la indemnización compensatoria los más actualizados doctrinarios, en contraposición a la antigua tradición jurídica que priorizaba la indemnización.<sup>617</sup>

### **3.3. Sustitución de la indemnización punitiva por una tutela específica.**

#### **3.3.1. Constitucionalidad de la medida sustitutiva específica.**

##### **Art. 24 CE , art. 51 CE y art. 50, XXXV de la CF.**

Como vimos, la tutela específica, su constitucionalidad, aceptación y necesidad transcurre justamente de la debida interpretación de las normas jurídicas, del sistema político

---

<sup>614</sup> GUTIÉRREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, p.266.

<sup>615</sup> GUTIÉRREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, p.91.

<sup>616</sup> KUPELYANTS, Hayk, in *Specific performance in the draft common frame of reference*, UCL J.L. and J. 2012, 1 (2), 15-45.

<sup>617</sup> En ese sentido: GUTIÉRREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 90-91.

constitucional y jurídico, pues es como se concretiza la garantía a la tutela judicial efectiva, admitiéndose y otorgando los instrumentos necesarios a la protección del derecho material perseguido en juicio.

Esas garantías viene prevista en Brasil en el artículo 5, XXXV de la Constitución, y artículo 24 de la Constitución Española, y con respecto a los consumidores específicamente el artículo 51 de la misma Constitución, in verbis:

Art.5o CF: Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizando a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los términos siguientes: (...) XXXV - la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial lesión o amenaza al derecho;

Artículo 24.

1. Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.(...)

Artículo 51.

1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

No satisface las garantías constitucionales previsiones que no dan la posibilidad que el derecho material buscado sea efectivamente entregado a su titular. Para que la garantía de la tutela judicial efectiva se cumpra si hace necesario que el derecho material se entregue in natura. Por lo tanto, los mecanismos puestos a la disposición de los ofendidos deben posibilitar la percepción del bien de la vida perseguido, y no su sustitución por una indemnización, la tutela por el equivalente.

Sin embargo, hay que señalar que la doctrina y jurisprudencia en España establecen que el principio de la tutela judicial efectiva tiene configuración legal, que fija los límites y alcances. Enseñan RUIZ-RICO RUIZ y CARAZO LIÉBANA que este “solo puede ejercerse por los cauces y a través de los medios que el legislador establece. Así pues, estamos en presencia de un derecho de configuración legal cuyo ejercicio queda condicionado a los requisitos y presupuestos que en cada caso establezca el legislador, si bien éste tiene que evitar el establecimiento de trabas u obstáculos arbitrarios o caprichosos”.<sup>618</sup>

No obstante, entendemos que la mejor exegese es la que dá amplia efectividad al derecho sufragado constitucionalmente, por medio de aplicación de la tutela específica, de modo a que se de prioridad a la eficacia máxima de la jurisdicción, sea por medio de leyes

específicas, sea por medio de una interpretación constitucional de las normas vigentes, con la plena efectividad de la garantía constitucional, por fuerza de la utilización del proceso como un instrumento para la entrega del bien de la vida siempre que posible, al titular del derecho discutido en juicio.

En el mismo sentido parte de la doctrina y de la jurisprudencia española. Aquí reiteramos el análisis de doctrina y jurisprudencia relacionados con siniestros de automóviles y daños por ruína, que establecen “que no hay que hablar de incongruencia cuando se pide una indemnización, y se determina la reparación, realzando la prioridad de la tutela específica, y admitiendo haber incongruencia sí en el sentido opuesto. Aclara PERERA que “ si la demanda pretende una condena específica de reparación y la sentencia condena a indemnizar los daños, existe incongruencia(STS 30 marzo 1975). En cambio, cuando se solicita la condena al resarcimiento pecuniario consistente en la reparación, puede condenarse directamente a reparar, sin peligro de incongruencia-SSAP Granada 4 mayo 1994(AC 1994, 1667)”.

Del mismo modo reitero el fallo antes agregado que estableció que “La acción ejercitada, a tenor de lo que se pide es la del cumplimiento del artículo 1.091 del Código, aunque este artículo no se examine en la demanda y el mismo ha de ser aplicado con preferencia al cumplimiento por equivalencia-indemnización de perjuicios del artículo 1.101-al que, en principio ha de atribuírsele carácter subsidiario de aquel otro capital de cumplimiento “in natura”(STS 21/11/1990-8435/1990-)”.

En el mismo sentido la decisión abajo añadida:

“...En nuestro sistema el cumplimiento de la obligación por equivalencia es subsidiario de la satisfacción del acreedor en forma específica. Como puso de manifiesto la sentencia de 13 de julio de 2.005, la reparación in natura(debería decir el “cumplimiento in natura”) es preferente a la indemnizatoria, tratándose de obligaciones de hacer, como es la que podía exigir la demandante (STS10/10/2005-6003/2005-)”.

De todos los modos, lo que se observa de los ordenamientos jurídicos sob análisis es que esa garantía fue concretizada de manera asertiva. Sin embargo, en la ausencia de regla específica hay que se extraer del ordenamiento jurídico la posibilidad de una determinación de prestación in natura.

Es decir: entendemos que no solamente debe el derecho adjetivo poner a la disposición de los titulares del derecho medios eficaces para la satisfacción de la pretensión, como por medio de una interpretación constitucional, en la ausencia de una medida

específica, pueden los jueces concretizar la constitución estableciendo mecanismos que deen eficacia a la garantía prevista constitucionalmente, de manera a que se alcance la máxima eficacia de la norma constitucional.

Como vimos, LLOBREGAT analizando la ejecución forzosa, incluso ahí las obligaciones de hacer, no hacer y dar, es asertivo en establecer su categoría como derecho fundamental. Enseña que “la catalogación como fundamental del referido derecho constitucional a la ejecución de las resoluciones judiciales implica, como es sabido, que todos los poderes públicos están vinculados por el mismo...”. Por su vez, aunque estableciendo que se trata de derecho de configuración legal, resalta los límites impuestos al legislador, que solamente puede restringirlo de modo proporcional y razonable, como quedó fijado en la STC 73/2000:

“ (...)serán inconstitucionales, por vulneración del derecho fundamental, aquellos requisitos, formalidades y limitaciones que comprometen su ejercicio de tal forma que no resulten comprensibles a la luz de una ponderación razonable y propocionada de los valores acogidos en la Constitución”.

Es decir: como sostiene el doctrinario, la garantía envuelve “el derecho a que los órganos judiciales adopten todas las medidas que posibiliten esa ejecución de las resoluciones judiciales en sus propios términos”.

Según explica el doctrinario, “el artículo 24.1CE exige no sólo que se cumpra el fallo, sino que el ganador consiga el restablecimiento pleno de su derecho, hasta la restitutio in integrum (SSTC 69/1996, de 18 de abril; 202/1998, de 14 de octubre...)”.

Así, si para la ejecución se ponen esas premisas, con más razón hay de se aplicar siempre que posible la tutela específica al sentenciar, de modo a que el derecho perseguido sea entregue in natura, una vez que la tutela judicial efectiva implica la entrega del bien de la vida persiguido, siendo el proceso instrumental para la protección de ese derecho.

Entendemos, por lo tanto, que por ejemplo en hipótesis de promesa de compra y venta de una casa, no basta la resolución del contrato y devolución del pago, más si satisface la pretensión del registro de propiedad a aquel que la compro. En caso de depósito de mercancías, la entrega del material depositado, en caso de contaminación, la determinación de cesación del material contaminado, etc.

“Todo ordenamiento debe presentar una cierta correspondencia y una cierta coordinación entre la ley sustancial y la ley procesal, en el sentido que toda voluntad concreta de ley, de la que sea posible la formación según una ley sustancial (esto es,



todo concreto derecho subjetivo) debe encontrar en la ley procesal medios idóneos de actuación”<sup>619</sup>.

Esa garantía va además de la previsión de la Carta Española, con previsión igual en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que en su artículo 47, primer párrafo establece, textualmente:

Artículo 47. Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial.

Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo.

Art. 47 Right to an effective remedy and to a fair trial.

1. Everyone whose rights and freedoms guaranteed by the law of the Union are violated has the right to an effective remedy before a tribunal in compliance with the conditions laid down in this article

Por lo que se observa, la garantía analizada hace necesaria la previsión no solamente de una tutela judicial para la protección del derecho violado, pero que esta se de manera efectiva, de modo a salvaguardar en su completude el derecho violado, otorgando a quien tiene derecho, todo que hace jus, en lo menor espacio de tiempo posible.

Por lo tanto, deben los legisladores y jueces, al concertizar la norma, hacerla de modo a que obtengan la tutela completa del derecho, solamente admitiendo la sustitución por el equivalente cuando esta no sea posible sin herir otras garantías constitucionales.

AALTO, analizando la norma y su relación de la necesidad de una tutela judicial efectiva establece que “in the EU system of remedies, liability in damages can be perceived as a remedy of last resort. If other remedies are available, such as an action for annulment of the act causing damage, or enforcement of an EU measure through the doctrine of direct effect, then recourse should first be made to these remedies. They should be called on first to avoid and mitigate loss. The same principles apply to breach of Charter rights”.<sup>620</sup>

Investigando sobre el mismo tema, aunque con el enfoque en los derechos humanos, SHELTON establece igualmente la necesidad de previsión específica de restitución al status quo cuando hay una lesión al derecho, in verbis:

“In general, the reparation provided through an effective remedy should be proportional to the gravity of the violations and damages suffered. The measures taken should include restitution, whenever possible, to restore the victim to the

---

<sup>619</sup> CHIOVENDA, Giuseppe, in *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, Rivista di diritto commerciale, 1911, apud PISANI, Andrea Proto, in *La tutela jurisdiccional*, Palestra, Lima:2014, p.65

<sup>620</sup> AALTO, Pekka, in *Damages for Breach of the Charter. The EU Charter of Fundamental Rights. A commentary* Edited by Peers, Steve; Herve, Tamara; Kenner, Jeff and Ward, Angela. Hart Publishing Oregon:2014, p. 1235.

situation existing before the violation occurred. These can involve restitution of property or money, release of detainees, reinstatement of an individual wrongfully or arbitrarily discharged, or other measures to eliminate the wrong. Rehabilitation should include medical and psychological care as well as legal and social services. Increasingly, human rights bodies include a right to know the truth among the required measures of redress, under the heading of satisfaction. Other measures of satisfaction include apologies, acknowledgement of responsibility, and commemoration memorials to the victims. Compensation is required for pecuniary and moral damages in most cases. In addition, human rights bodies consistently insist on measures to guarantee non-repetition of the violation". Para la doctrina, el artículo 47(1), pues, indica la necesidad de las Cortes de "provide effective judicial protection".<sup>621</sup>

Como ya hemos señalado, en el hipotesis de el legislador ordinario no haber concretizado la constitución de manera plena, cabe al juez, al aplicar la ley, integrar ese espacio normativo dejado por el parlamiento, actuando de modo a conseguir la concretización de la garantía constitucional, por medio de las medidas que se hacen necesarias, creando mecanismos dentro de su campo de discrecionalidad posible, de modo a entregar el derecho de manera plena a su titular que lo tuvo violentado.

Sin embargo, como afirmamos con antelación, hay que señalar que en el Derecho Español el Tribunal Supremo ha decidido que el principio de la tutela judicial efectiva tiene conformación legal, y debe ser ejercido en los límites de la legislación infraconstitucional que lo concretiza.

No obstante, se puede cuestionar si la interpretación dada a la norma no es demasiado restrictiva, tímida, sin que alcance la medida ideal, de modo a satisfacer el derecho material de manera plena. Además, como ya igualmente señalado, la interpretación de los jueces y doctrina dada a las normas infraconstitucionales ven concretizando la constitución con más asertividad, a pesar de las restricción supra, consagrando la primacía de la tutela específica, lo que de un modo refleja la correcta concretización de la constitución.

De hecho, por medio de una correcta hermenéutica constitucional, aplicandose el principio interpretativo de la máxima efectividad, en el hipotesis de la garantía a una tutela judicial efectiva, cabe al juez integrar el ordenamiento jurídico, de modo que, al decidir, consiga satisfacer la protección del derecho violado en su completud, aunque no haya previsión expresa del legislador infraconstitucional.

En el caso sob análisis, y nos limitando a la posibilidad de sustitución de la tutela específica por los daños punitivos, hay que se admitir la medida, sob pena de violación frontal a las previsiones constitucionales.

---

<sup>621</sup> SHELTON, Dinah, in Sources of Article 47 Rights, The EU Charter of Fundamental Rights. A commentary Edited by Peers, Steve; Hervey, Tamara; Kenner, Jeff and Ward, Angela. Hart Publishing Oregon:2014, p. 1210.

La jurisprudencia comunitaria igualmente se inclina en ese sentido de la necesidad de que corresponda al derecho substantivo una medida adjectiva que lo protega en su integridad. De hecho, esclarece HOFMANN que “the case law of the Court of Justice of the European Union created a link between substantive rights and the existence of a remedy in Johnston, where it found that the right to obtain an effective remedy in a competent court is a general principle of European law. Effective judicial protection must be offered by courts and tribunals recognised as such by EU law”. Según el mismo doctrinario, “remedies need to be supplied to individuals that are suitable for ensuring that where there is a right under Union law, there is a remedy to ensure its enforcement(the principle known as ubi ius ibi remedium). Such remedies(...)must be effective both in law and in practice”<sup>622</sup> ..

Esclarece en la secuencia que aunque en principio tenga se restringido la tutela efectiva a los remedios ya existentes, pero evolucionou en el caso R (Factortame Ltd) v Secretary of State for Transport donde se establecio el derecho de garantia a un proceso efectivo, mismo en casos donde no haya prevision expresa de una medida para la proteccion del derecho en la ley interna.<sup>623</sup>

Es decir: Una vez necesaria la medida para la satisfacción del derecho subatantivo, hay que ser aplicada, con base en el principio en cuestión, sin poderse alegar cualquier ilegalidad. De hecho, lo que hay es la correcta interpretación y concretización de la norma constitucional y comunitaria, en ese caso específico.

El Tribunal Constitucional Español en la Sentencia STC 26/1983 afirmó que “El derecho a la tutela judicial efectiva tiene un contenido complejo que incluye, entre otros, la libertad de acceso a los Jueces y Tribunales, el derecho a obtener un fallo de éstos y, como precisa la Sentencia núm. 32/1982 de este Tribunal, también el derecho «a que el fallo se cumpla y a que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ellos, por el daño sufrido»”, por lo que se puede interpretar de modo a darse la prioridad a una tutela que repare in natura, siempre que posible, el daño causado.

---

<sup>622</sup> HOFFMANN, Herwig, in *Specifi Provisions(Meaning)*, The EU Charter of Fundamental Rights. A commentary Edited by Peers, Steve; Hervey, Tamara; Kenner, Jeff and Ward, Angela. Hart Publishing Oregon:2014, pp. 1213-1214. Aunque establezca que en principio the procedural rules son de competencia nacional, como vimos, entendemos que la interpretacion de la ordem juridica internal lleva a la misma conclusion de la necesidad de un proceso judicial efectivo, con la posibilidad de integracion por el Poder Judicial, por medio de una adecuada hemeneutica constitucional.

<sup>623</sup> HOFFMANN, Herwig, in *Specifi Provisions(Meaning)*, The EU Charter of Fundamental Rights. A commentary Edited by Peers, Steve; Hervey, Tamara; Kenner, Jeff and Ward, Angela. Hart Publishing Oregon:2014, pp. 1215. Hay que senalar, sin embargo, que en decision posterior la Corte establecio la necesidad de analisis global del ordenamiento juridico nacional. Pero, con relacion a la tese aqui sob analisis, esa cuestion queda superada, pues la propia constitucion espanola preve la garantia.

Sin embargo, hay que señalar, como bien explica PISANI, aunque tratándose de una norma de envergadura constitucional, garantía fundamental, como todas las otras normas igualmente sufre limitaciones, que se encuentran en la propia constitución, y no por disposición infraconstitucional. Así, por ejemplo, en la hipótesis de una decisión judicial que determine un hacer o no hacer, admítese por medio de una interpretación constitucional la realización de la conducta mediante conductas coercitivas, pero creo que privar la libertad a cambio de una obligación, no sería la mejor interpretación.<sup>624</sup>

De hecho, antiguamente, antes de la previsión y necesario respecto a las garantías y derechos fundamentales, la cobranza de deuda llegaba al extremo de autorizar la violación a la libertad (autorizándose incluso la esclavitud), la integridad física, etc. Con el surgimiento de los derechos y garantías individuales, la interpretación constitucional hace que los derechos ya protegidos, como los de crédito, se topen con otros de más grande importancia, prohibiendo que el cumplimiento de la obligación genere esas consecuencias.

Pues, la tutela judicial efectiva trae la necesidad de medios eficaces puestos a la disposición de los titulares del derecho para la protección de sus bienes, pero igual tiene límites que no pueden ser ultrapasados, so pena de violación a la Carta Magna.

Así, explica PISANI que el principio de la máxima instrumentalidad del proceso, “expresada claramente en el principio chiovendiano según el cual el proceso debe dar a quien tiene derecho todo aquello y exactamente eso que está previsto por el derecho sustancial(...)” encuentra límites, “pero estos límites no pueden derivar de las premisas conceptuales formadas en momentos históricos por demás superados, sino solo de la tutela de los valores de rango constitucional a los cuales especialmente y únicamente, en nuestro ordenamiento, se tratan de la libertad de la persona humana”<sup>625</sup>.

La verdad entiendo que hay otros límites, y no solo del derecho a la libertad, pero igual a la vida, integridad física, salud, dignidad de la persona humana, y demás principios y reglas constitucionales que en la ponderación de los bienes jurídicos, sobresalen con relación al derecho a la prestación tal cual contratada, por ejemplo.

Así, la tutela judicial debe buscar la entrega del bien de la vida, mediante los medios posibles puestos a disposición en la jurisdicción, sin pasar de los demás principios y garantías constitucionales. En otras palabras, debe enfatizar la consecución de la pretensión buscada por el titular del derecho, sin embargo no tiene un alcance ilimitado, so pena de

---

<sup>624</sup> Aunque en los sistemas de la common law se admita la prisión por contempt of court.

<sup>625</sup> PISANI, Andrea Proto, *in La tutela jurisdiccional*, Palestra, Lima:2014, pp. 296-297.

violación de otros derechos de igual envergadura, como el derecho a la vida, libertad, integridad física, dignidad de la persona humana, vivienda, etc<sup>626</sup>.

En contra a esa interpretación esta la posibilidad del arresto del deudor en el sistema judicial anglosajón, para que cumpla la sentencia de condena imputada. A mí me parece que ese sistema no hace una concretización de modo eficiente de las garantías y derechos fundamentales, llegando a permitir la violación de la libertad para el cumplimiento de un fallo judicial civil. Aclara PISANI que “el tercer modelo de medidas coercitivas es el anglosajón contempt of court(...) consiste en otorgar al acreedor-en caso de falta de cumplimiento espontáneo a la sentencia, con el objetivo de hacer declarar que incumplió con la calidad de culpable de contempt y hacerlo condenar al arresto ( que podrá ser infligido sólo a quien estaba en la concreta posibilidad de cumplir la obligación, esto es, en particular quien tenga la cosa a entregar, o retenga el dinero que debe entregar) con el pago de una multa que normalmente será en beneficio del acreedor”.<sup>627</sup>

Así, entiendo que el modelo francés, que fue adoptado en parte por Brasil, con relación a las medidas coercitivas, es lo que mejor concretiza esos principios constitucionales, autorizando la fijación de multa periódica por el no cumplimiento de la obligación. Explica PISANI que “en tal modelo, el juez está autorizado, en el momento en que pronuncia una condena conteniendo una obligación de hacer o de no hacer, a determinar la suma de dinero que el obligado deberá pagar al acreedor por cada día de atraso en la actuación del cumplimiento jurisdiccional”<sup>628</sup>.

De ese modo, aplicable la tutela específica por los sistemas adjetivos, no hay como excluir su aplicación con relación a los daños punitivos. Además, hay que tener en mente la concretización de la constitución se hace en tres esferas distintas, y por medio de la correcta interpretación constitucional no hay como alejar la posibilidad de aplicación de esa medida en el ámbito de la institución de los daños punitivos, aunque no prevista expresamente, una vez que atinge de manera más directa el principio de la tutela judicial efectiva, entregando el derecho de manera plena a los lesionados.

Señala con mucha propiedad MORAES que “el concepto de efectividad implica una consideración de medios y fines, pudiendo tenerse por efectivo aquel proceso que alcance las finalidades que se destina, considerando el conjunto de los objetivos existentes en el

---

<sup>626</sup> Por exemplo, quando da proibição de penhora do bem de família.

<sup>627</sup> ISANI, Andrea Proto, in *La tutela jurisdiccional*, Palestra, Lima:2014, p.312.

<sup>628</sup> PISANI, Andrea Proto, in *La tutela jurisdiccional*, Palestra, Lima:2014, p. 310.

derecho material y la totalidad de la repercusión de la actividad jurisdiccional sobre la situación dada de hecho”.<sup>629</sup>

De hecho, así como la jurisprudência francesa pasó a aplicar las *atraits* por medio de una interpretación constitucional, no puede ser diversa la interpretación cuando se tratan de los daños punitivos, mismo en los ordenamientos jurídicos que no prevén expressamente la tutela específica.

El alcance de los daños punitivos es internalizar los costos de la conducta ilegal, y para hacer más efectiva esta afirmación, como vimos, la sustitución de la tutela indemnizatoria por una específica satisface de forma más plena esta argumentación.

Así, acaba por alcanzar indirectamente terceros, otorgando a los lesionados de forma más rápida su pretensión del derecho material, sin necesidad de asistir a juicio por medio de un proceso individual.

En efecto, como vimos anteriormente, las medidas puestas a disposición de los ciudadanos para la tutela de su derecho no están siendo capaces de alcanzar el objetivo deseado. En ese sentido, MORAES sostiene que “las demandas de masa deben recibir tratamiento diferenciado y prioritario, siendo imprescindible la adopción de mecanismos que establezcan, brevemente, la solución de las causas repetitivas so pena de un verdadero colapso en el sistema judicial brasileño”.<sup>630</sup>

Es decir, no basta para fines de combatir las lesiones de masa la fijación de daños punitivos. Por cierto que este pretende crear los incentivos para que estas no se repitan. Sin embargo, como hemos visto, hay dificultad en su cuantificación, bien como cuestiones tales como alegación de enriquecimiento sin causa, baremos, etc. Y añadido que además de por medio de la tutela específica se inhibir la reiteración de lesiones de masa de modo mas incisivo, acaba por resolver las pretensiones materiales de las lesiones de masa ya perpetradas, reparando in natura los derechos violados. En otras palabras, actúa como una doble vía, trayendo más eficiencia al sistema jurídico.

Así, es indispensable ir más allá, admitiendo la sustitución de la medida por una tutela específica, de modo que alcance los objetivos buscados de forma más precisa.

---

<sup>629</sup> MORAES, Vânia Cardoso André de, in *Demandas Repetitivas decorrentes de ações ou omissões da administração pública: Hipóteses de soluções e a necessidade de um direito processual público fundamentado na Constituição*, in *Séries Monografias do CEJ*, v. 14, Brasília-DF, jul./dez. 2012, p.53

<sup>630</sup> MORAES, Vânia Cardoso André de, in *Demandas Repetitivas decorrentes de ações ou omissões da administração pública: Hipóteses de soluções e a necessidade de um direito processual público fundamentado na Constituição*, in *Séries Monografias do CEJ*, v. 14, Brasília-DF, jul./dez. 2012, p.21.

Como bien menciona MORAES, “las complejidades de la sociedad actual exigen una revisión de dogmas para que el proceso alcance su finalidad instrumental de realización del derecho material.

Con el advenimiento del Estado Social, el propio derecho pasa a incorporar los objetivos sociales, dejando en el pasado la única protección de las autonomías individuales, tornándose un instrumento de realización de los valores definidos por los procesos decisorios de la sociedad. La función del Poder Judicial, que se lleva a cabo por medio del proceso, a partir de ese momento, se vincula a la preocupación de la efectividad, es decir, la consecución de resultados que corresponden a una mejor y más justa solución de los conflictos”<sup>631</sup>.

Como explica SHARKEY, los daños punitivos buscan igualmente combatir el daño social, que o por medio de una acción alcanzan varios, o tienen esa potencialidad por una repetición de comportamiento. Y lo que se busca con los daños punitivos es alcanzar la disuasión ideal. Por su vez, esa puede ser alcanzada por medio de la tutela específica satisfaciendo todos los lesionados.<sup>632</sup>

En ese sentido, la misma doctrina establece que “The concept of societal damages dovetails with a primary goal of tort law: the compensation of individuals, in this case, those other than the plaintiff who have also been harmed by the wrongdoer”.<sup>633</sup>

Admitir la sustitución de daños punitivos por una tutela específica, además, hace respetar la efectividad de la tutela judicial desde la perspectiva de evitar sentencias y resultados diversos sobre el mismo hecho. Analizando el tema, sugiere MORAES que el Tribunal Constitucional Español estableció cuando la sentencia de la STC 16/2008, de 31 de enero, FJ2o, in verbis: “Como se recuerda, entre otras, en la STC 34/2003, de 25 de febrero, FJ4, este Tribunal ha señalado en diversas ocasiones que la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulten que unos mismos hechos ocurrieron o no ocurrieron(...)vulneraría, asimismo, el derecho a una tutela judicial efectiva que reconoce el art. 24, I CE...”.<sup>634</sup>

---

<sup>631</sup>MORAES, Vânia Cardoso André de, in Demandas Repetitivas decorrentes de ações ou omissões da administração pública: Hipóteses de soluções e a necessidade de um direito processual público fundamentado na Constituição, in *Séries Monografias do CEJ*, v. 14, Brasília-DF, jul./dez. 2012, p.52

<sup>632</sup> SHARKEY, Catherine M., in *Punitive Damages as Societal Damage*, The Yale Law Journal, Volume 113, 2003-2004, Number 2, November 2003, p.389.

<sup>633</sup> SHARKEY, Catherine M., in *Punitive Damages as Societal Damage*, The Yale Law Journal, Volume 113, 2003-2004, Number 2, November 2003, p.390.

<sup>634</sup> MORAES, Vânia Cardoso André de, in Demandas Repetitivas decorrentes de ações ou omissões da administração pública: Hipóteses de soluções e a necessidade de um direito processual público fundamentado na Constituição, in *Séries Monografias do CEJ*, v. 14, Brasília-DF, jul./dez. 2012, p. 56.

Igualmente, y con el fin de traer más fuerza a esta consideración, en lo que respecta específicamente a los consumidores, la norma del art. 51 de la CE establece la necesidad de una tutela eficaz en su protección, que debe ser buscada por todos los Poderes Públicos, incluidos el Poder Judicial. Es decir, la tutela debe ser efectiva para buscar la protección, siendo la posibilidad y previsión de los daños punitivos un medio para traer efectividad al sistema, y la sustitución de esos daños por una tutela específica, un modo igualmente importante de traer mayor eficacia al sistema y la institución de los daños punitivos en sí.

De hecho, la previsión material de los daños punitivos acaba por traer eficacia al sistema judicial, dado que implica la posibilidad de indemnización fijada frente al ofensor por todo el daño causado, disminuyendo así las lesiones perpetradas, por el incentivo generado en la adopción de conductas correctas. Menos lesiones, menos procesos, mejor eficiencia judicial.

A su vez, aparte de la disminución de las lesiones, la tutela efectiva hace que estas se den en mayor intensidad, dado que acaba por alcanzar todos los lesionados, trayendo la disuasión necesaria.

Como bien explican VILAR y col., “si en muchas de las operaciones económicas que realiza diariamente el consumidor, accede a bienes o servicios adhiriéndose simplemente a las condiciones marcadas por las empresas, cuando surge el conflicto entre el consumidor y el empresario, también esa desigualdad puede hacerse patente. Para salvaguardar el equilibrio en la tutela de los derechos de ambas partes, no debe obviarse esta situación de desigualdad real”.<sup>635</sup>

Así que, si es posible la sustitución en otros ámbitos jurídicos, notoriamente en el área consumista se impone, dada la necesidad de una tutela eficiente para salvaguardar a los consumidores y usuarios de productos y servicios con la tutela eficaz de su derecho, que muchas veces se ve amenazada, o menospreciada, sin que socorran a estos los medios necesarios para la protección de su derecho.

De hecho, tomemos un ejemplo de lesión ínfima al bien jurídico, que acaba por traer un beneficio al proveedor de productos y servicios, ocasionando mínima violación a los consumidores, que se quedarían sin la protección judicial. Como hipótesis, la empresa de telefonía que cobra por impulso indebidamente de todos sus clientes, generando un perjuicio mensual de €5,00(cinco euros). Difícilmente los lesionados irían a juicio a interponer la tutela

---

<sup>635</sup> VILAR e col., in *Tutela de los consumidores y usuarios en la ley de enjuiciamiento civil*, Coord. Silvia BArona Vilar, 2a ed., Tirant lo blanch: Valencia, 2003, p. 32.



de su derecho. Con esto, dos hipótesis surgen: o los legitimados interponen con una acción colectiva para la protección de esos usuarios, determinando la devolución de los valores superiores cobrados para las próximas facturas, o por medio de una tutela específica de acción individual, en sustitución a los daños punitivos, esta orden es determinada, sujeta a una multa diaria.<sup>636</sup>

Excepto en esas hipótesis, lo que ocurrirá será un incremento patrimonial significativo de la empresa en detrimento de los consumidores. Ciertamente algunos tal vez irán a optar por cambiar de proveedor, sin embargo el daño permanecerá sin reparación. Y los incentivos para repetir la conducta dañosa, por cierto permanecerán.

De hecho, en muchos sectores hay grandes barreras de entrada para el mercado, como en el ejemplo supra, con relación a las compañías de telefonía, ante la necesidad de enormes inversiones financieras para comenzar el ejercicio de la actividad, así como barreras reglamentarias. Así, muchos sectores que ofrecen productos y servicios actúan en un mercado oligopolizado o monopolizado, lo que reafirma la necesidad de una tutela efectiva, so pena de una tendencia a la reiteración de la conducta ilícita

Se hace, por consiguiente, necesario para la eficacia del sistema de protección al consumidor, que se permita la fijación de daños punitivos, y sustitución por una tutela específica, satisfaciendo así, finalmente, el derecho a una tutela judicial efectiva.

Como anotamos con antelación, hay que resaltar que hay ya precedentes jurisprudenciales en Estados Unidos de destinación de parte de los daños punitivos a un Fondo para la tutela de los daños de la misma naturaleza que los causados por lo ofensor, sin que ley que autorice. Por lo tanto, estableció ex officio que los daños punitivos no serían en su totalidad pagos a la parte. Dentre los fundamentos del fallo, estaba el de que las indemnización “should go to a place that will achieve a societal good, a good that can rationally offset the harm done by the defendants in this case.”<sup>637</sup>

La Suprema Corte de Alabama en el caso *Life Insurance Co. of Georgia v. Johnson* (Johnson I), en que a un señora mayor fue vendido una apólice de suplemento de Medicare que no le servía para nada, después de reducir el montante de indemnización de los

---

<sup>636</sup> No olvidamos aquí nuestro posicionamiento de autorizar la devolución en doble( daño más lucro), de manera a attingir la disuasión ideal y evitar el enriquecimiento injusto.

<sup>637</sup> *Dardinger v. Anthem Blue Cross & Blue Shield*, 781 N.E.2d 121 (Ohio 2002) apud SHARKEY, Catherine M., in *Punitive Damages as Societal Damage*, *The Yale Law Journal*, Volume 113, 2003-2004, Number 2, November 2003, p. 381.

daños punitivos a \$5 millones, estableció que la cuantía debería ser dividida entre las partes y un Fondo estatal.<sup>638</sup>

Es decir, se ha destinado parte de la indemnización a un Fondo, con el objetivo es tutelar la sociedad, con más razón hay de se autorizar la destinación a los demás consumidores. De ese modo, mejor que se lo haga por medio de una tutela específica, sustituyendo la indemnización punitiva.

La sustitución de la indemnización por una tutela específica es medida que encontra previsión legal y constitucional, y satisfaz la pretensión con mucho más eficacia. De hecho, alcanza no solamente la prevención, como satisfaz la pretensión de los lesionados y reduce las demandas en la justicia.

Una de las hipótesis que proponemos de tutela específica, por ejemplo, es del “recall” de una flota de vehículos vendidos con pieza puesta en sitio equivocado. La hipótesis de “recall” no es desconocida en el mundo jurídico, operando muchas veces de forma espontánea, en consencuencia de la constatación de defecto en los productos. Algunas, inclusive, tienen origen en acciones civiles interpuestas frente a la empresa, que reconociendo el vicio, determina su sanación de manera voluntaria. Como ejemplo, mencionamos la decisión de IKEA en hacer el retiro de cómodas que culminaron en la muerte de niños.<sup>639</sup>

Es decir, se trata de un mecanismo ya adoptado espontáneamente por las empresas cuando del abastecimiento de productos y servicios, debiendo ser también aplicado por el Poder Judicial, de modo que alcance los objetivos del sistema de responsabilidad civil.

En el sentido de la necesidad de crear mecanismos para una mejor utilización de la institución de los daños punitivos, se puede aplicar mutatis mutandis el voto del Juez Pope en el caso *Hofer v. Lavender*:<sup>640</sup>

“[i]f we are to continue using punitive damages as a private system of law enforcement for conduct that offends public standards, we must consider innovative ways to improve that system.”

En ese aspecto surge la tutela específica como medio más eficaz para atingir las metas persiguidas.

---

<sup>638</sup> SHARKEY, Catherine M., in *Punitive Damages as Societal Damage*, The Yale Law Journal, Volume 113, 2003-2004, Number 2, November 2003, p.382.

<sup>639</sup> [http://www.nytimes.com/2016/06/29/business/ikea-recall-tip-over-furniture.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2016/06/29/business/ikea-recall-tip-over-furniture.html?_r=0)

<sup>640</sup> Aunque se limitó a la posibilidad de repartición con un Fondo. 679 S.W.2d 470, 480 (Tex. 1984) (Pope, C.J., dissenting) SHARKEY, Catherine M., in *Punitive Damages as Societal Damage*, The Yale Law Journal, Volume 113, 2003-2004, Number 2, November 2003, p.385.

El objetivo de evitar la reiteración de las acciones y satisfacer la pretensión de los demás lesionados ya sirve de fundamento para decisiones judiciales en ese sentido, sustituyendo los daños punitivos por medidas específicas. En el caso *Miller v. Cudahy Co.*, los propietarios y arrendatarios procesaron en razón de la contaminación por la sal en su propiedad. Después de condenar en \$10 millones en daños punitivos, la Corte suspendió la ejecución para que el reo despoluiera la zona contaminada. El objetivo era atajar no solamente los autores, sino todos de la zona y el Estado. Sin embargo, después de 3 años nada había ocurrido, así que se retomó la ejecución de la indemnización. De todos los modos, el objetivo era atajar terceros por medio de la decisión específica, de modo de evitar la repetición de acciones y alcanzar la disuasión ideal. Por lo tanto, es la aplicación de la teoría presentada ya ocurrida en un ejemplo práctico<sup>641</sup>.

Otra medida específica que igualmente puede ser utilizada en sustitución a los daños punitivos es la tutela específica inhibitoria, estableciendo la determinación de que la conducta no se repita. Por lo tanto, además de determinar la sustitución por la reparación in natura del daño, el juez podría en su fallo establecer la prohibición de repetición de la conducta, so pena de multa.

Esa medida también es adoptada espontáneamente por algunas empresas, como ocurrió con SAMSUNG. Si en un primer momento determinó el retiro del GALAXY 7, en decisión posterior optó por cesar completamente el abastecimiento del producto, que estaba causando daños a la integridad física de los consumidores, y colocando en riesgo la vida de ellos<sup>642</sup>.

De ese modo, por medio de una tutela inhibitoria conjunta con la fijación de astreintes CAMBIAR, se crea más un incentivo para la no reiteración de la acción.

Esa medida específica ya se aplica en Estados Unidos. Así, por ejemplo, SHARKEY sostiene que en el caso *O'Gilvie v. International Playtex, Inc* en que hubo la muerte de la esposa por tampones tóxicos. Con la aceptación del reo, la condena de \$10 millones en daños punitivos fue reducida a \$1.35 millones y la determinación de comunicación del resultado de la demanda a la población así como la prohibición de venta del producto.<sup>643</sup>

---

<sup>641</sup> Aunque se limitó a la posibilidad de repartición con un Fondo. 679 S.W.2d 470, 480 (Tex. 1984) (Pope, C.J., dissenting) SHARKEY, Catherine M., in *Punitive Damages as Societal Damage*, The Yale Law Journal, Volume 113, 2003-2004, Number 2, November 2003, p.385.

<sup>642</sup> [http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2016/10/11/actualidad/1476162906\\_201226.html](http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2016/10/11/actualidad/1476162906_201226.html)

<sup>643</sup> SHARKEY, Catherine M., in *Punitive Damages as Societal Damage*, The Yale Law Journal, Volume 113, 2003-2004, Number 2, November 2003, p.386.

En Brasil, ahora, por fuerza del artículo 139, IV del CPC, (Art. 139. El juez dirigirá el proceso conforme las disposiciones de este Código, correspondiéndole:(...)IV - determinar todas las medidas inductivas, coercitivas, mandatorias o subrogatorias necesarias para asegurar el cumplimiento de orden judicial, inclusive en las acciones que tengan por objeto prestación pecuniaria), se ha alargado ese campo de actuación, permitiendo la adopción de otras medidas, proporcionales a los fines buscados. Así, hay más libertad de actuación del Poder judicial en la adopción de medios coercitivos y subrogatorias para alcanzar la tutela judicial efectiva, pero sin trasponer los demás principios y garantías constitucionales.

Al final, lo que se concluye es que con la prohibición de la autotela CAMBIAR, y la concretización de la necesaria intervención del Estado-juez para la satisfacción de los derechos violados, surge necesariamente para los ciudadanos un derecho a la tutela judicial efectiva, que viene plasmado en las Constituciones de Brasil y España en el artículo 50, XXXV e art. 24 respectivamente, que sin embargo encuentra límites en otros derechos y garantías fundamentales, pero que debe ser interpretado de manera a que se extraiga la máxima efectividad de su alcance. Igualmente, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, artículo 47.

Se trata en verdad de una previsión que refuerza un derecho que ya recurre necesariamente de la toma de decisiones de la lide por el Estado. Ese derecho alberga la necesidad de medios capaces de satisfacer con integridad el derecho violado, con la entrega del bien de la vida protegido jurídicamente. Por lo tanto, no se hace suficiente la sustitución de los bienes por otros, como la indemnización por un contrato incumplido. Es necesario más, que se prevean mecanismos para la entrega in natura del derecho violado. Es decir: el derecho adjetivo debe conseguir satisfacer el derecho sustantivo en su plenitud.

Hay que observar que principios y garantías constitucionales otros también necesitan de protección, por lo que en algunas hipótesis la búsqueda por satisfacción del derecho colidirá con otros derechos fundamentales, habiendo que hacer un análisis de proporcionalidad, de manera a que no se viole derechos de más alto grado, como el derecho a vida, salud y integridad física. De ese modo, los mecanismos de protección del derecho subjetivo no son ilimitados, pero deben, siempre que posible, autorizar la prestación in natura del derecho.

Por fin, lo que se observa es que la tutela específica debe ser priorizada en detrimento de la tutela por el equivalente, pues satisfaz de manera más plena el principio constitucional de la tutela judicial efectiva, de modo a entregar in natura el bien de la vida buscado. De todos los modos, encuentra límites en otras garantías constitucionales, pero debe

ser aplicada siempre que posible por medio del análisis de la razonabilidad y proporcionalidad, sin violar otros derechos de mismo alcance y patamar.

Además, su aplicación en sustitución a la indemnización punitiva es una medida que al final atinge el escopo de la efectividad de modo más asertivo, alcanzando los objetivos de la institución de manera más plena, con la internalización total de los daños, generando la disuasión ideal y satisfaciendo la pretensión de los demás lesionados sin la necesidad de provocar la maquina judicial.

Analizaremos ahora la medida en face de algunas garantías previstas en la constitución.

#### **3.3.1.1 Principio de acceso a la justicia, amplia defensa y contradictorio y debido proceso legal.**

No hay de la misma manera, en este tipo de acción, como se alegar inconstitucionalidad por ofensa al principio de acceso a la justicia en relación a los consumidores lesionados, una vez que la esfera de terceros solamente será alcanzada en la hipótesis de procedencia de la acción, y sin retirar la legitimidad de ir a juicio y tutelar su derecho, si este no está totalmente satisfecho con relación la sentencia judicial. Es decir, si permanece algún derecho a ser salvaguardado, este tendrá derecho de ir a juicio, buscando este resquicio que no fue protegido por medio de la indemnización punitiva o de la tutela específica. El interés de proceder continuaría íntegro relativamente la parte de la solicitud, ya sin existir en lo que se refiere al derecho garantizado.

En la hipótesis de haberse satisfecha su pretensión, le faltará interés procesal para postular en juicio, dado que ya no existirá el derecho subjetivo violado.

De la misma manera con respecto al acusado, no hay que hablar de violación de contradicción o amplia defensa, dado que este tuvo derecho a defenderse de la eventual fijación de daños punitivos, así como de su sustitución por una tutela específica, necesariamente discutidos en el proceso, abriéndose la oportunidad de defensa y de obtención probatoria.

Como ocurre en un proceso individual, en el que es determinada la sustitución de la indemnización por una medida específica, devolviendo in natura el derecho violado, habiendo sido sometido el acusado al amplio contradictorio, y consciente de la posibilidad de fijación de una medida específica, son resguardados los mismos derechos al acusado.

En lo que hace referencia al principio del debido proceso legal, igualmente hay de ser rechazada la alegación pues se trata de instrumentos jurídicos previstos en el ordenamiento jurídico, y no se trata de medida abusiva o desproporcional, apenas objetivando attingir los objetivos del sistema de responsabilidad civil de manera mas asertiva.

En Philip Morris USA v. Williams la Suprema Corte Americana estableció que la fijación de daños punitivos tomando por base las lesiones causadas a terceros lesionarian la cláusula del debido proceso legal, por lo que no podrían ser considerados. No obstante, al fijar los parámetros de conducta reprehensible, admitió que fuera valorado, por lo tanto, eventuales daños perpetrados a terceros<sup>644</sup>.

Lo que se percibe es que al final, optó por valorar los daños en el momento de la fijación del quantum, aunque sobre la alegación de la reprehensibilidad de la conducta.

Por su vez, la jurisprudencia americana, examinando sobre la temática de los daños punitivos en el caso Grimshaw v. Ford Motor Co, en lo cual Ford alegó violación a la cláusula del debido proceso por la condenación en daños punitivos, el pedido fue rechazado por el Tribunal, que decidió informar que acatar ese pedido sería acabar con la institución de los daños punitivos, pues jamás se podría condenar “a un fabricante de productos en masa a daños punitivos”.<sup>645</sup>.

Delivering the opinion of the Court, Justice Tamura stated:

*“The related contention that the potential liability for punitive damages in other cases for the same design defect renders the imposition of such damages violative of Ford's due process rights also lacks merit. Followed to its logical conclusion, it would mean that punitive damages could never be assessed against a manufacturer of a mass produced article”.*<sup>646</sup>

Igualmente, para CALANDRILLO, la fijación de daños punitivos considerando el daño social no lesiona el principio del debido proceso legal. Para el doctrinario, el momento del análisis del quantum es posterior, e ya hubo la fijación de la responsabilidad por el daño causado. La valoración de las lesiones a terceros es apenas hecha para fines de fijación del monto, lo que vacia la alegación de violación del debido proceso legal. Solamente se

---

<sup>644</sup> CALANDRILLO, Steve P., *idem, ibidem*, p. 32

<sup>645</sup> ROBREDO, Goretti Vadillo, *in Daños punitivos en el proceso civil Norteamericano*, Estudios de Deusto, Revista de la Universidad de Deusto, Segunda época, vol. 44/2, Desde su fundación vol. 57, Fasc.97, Julio-Diciembre 1996, Bilbao, p. 194.

<sup>646</sup> <http://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/119/757.html>

valorarían cuantos sufrieron daños, para cuantificarlo, hecho que admitiría el contradictorio y amplia defensa de la parte acusada, sin tener que hablar de violación al *due process of law*<sup>647</sup>.

De esa manera observamos que la medida específica no viola principios constitucionais, por el mismo razonamiento.

Por fin, hay de destacar que la posibilidad de sustitución de la indemnización punitiva por la medida fue discutida inclusive en el I Foro Nacional de Administración y Gestión Estratégica de la Justicia Federal (FONAGE); siendo aprobado por unanimidad en los siguientes términos: Es posible la sustitución de los daños punitivos por una tutela específica.

Pasemos ahora al análisis de la legitimación activa para el pedido de daños punitivos, así como de su sustitución por la medida específica.

### **3.3.2. Legitimación activa.**

La legitimidad para la tutela del derecho subjetivo viene establecida constitucional e infra constitucionalmente en el Derecho Brasileño por fuerza del art. 5o, XXXV de la CF y art. 17 y 18 del CPC, textualmente:<sup>648</sup>

Art.5o CF: Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizando a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los términos siguientes: (...) XXXV - la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial lesión o amenaza al derecho;

El nuevo CPC estatuye:

Art. 17. Para postular en juicio es necesario tener interés y legitimidad.

Art. 18. Nadie podrá defender derecho ajeno en nombre propio, salvo cuando sea autorizado por el ordenamiento jurídico.

Obsérvese que la innovación de la norma de legitimación por el nuevo CPC brasileño trajo más claridad sobre la regla en consideración, una vez que la legitimación para la tutela de derechos es extraída del análisis y correcta interpretación del ordenamiento jurídico, y no de una norma específica, necesariamente.<sup>649</sup>

De hecho, la norma anterior establecía en su artículo 6o: “Art. 6o Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

A su vez, la Constitución de España y la Ley de Enjuiciamiento Civil española, que rige el proceso civil, establecen:

---

<sup>647</sup> CALANDRILLO, Steve P., *idem, ibidem*, pp. 44-45.

<sup>648</sup> CF-Constitución Federal; CPC- Código Procesal Civil

<sup>649</sup> Antes la regla venía establecida en el artículo 6o del CPC, que preconizaba: Art. 6o CPC: Nadie podrá defender, en nombre propio, derecho ajeno, salvo cuando sea autorizado por ley.

Constitución de España:

Artículo 24

1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

Derecho de petición

Artículo 29. Todos los españoles tendrán el derecho de petición individual y colectiva, por escrito, en la forma y con los efectos que determine la ley.

Ley de Enjuiciamiento Civil:

Artículo 10. Condición de parte procesal legítima.

Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso.

Se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular.

Es decir, la búsqueda de la tutela del derecho debe ser hecha por la parte legitimada, sea el titular del derecho, sea un tercero a quien el ordenamiento jurídico dé la legitimidad para tutelar el derecho ajeno<sup>650</sup>. En el primer caso, se tiene una legitimación ordinaria. En el segundo, se presenta una legitimación extraordinaria otorgada por el ordenamiento jurídico.

Según explica VILAR y col., indicando sobre el interés del consumidor para litigar individualmente, buscan la protección de su derecho, “el reconocimiento judicial para litigar por intereses individuales se fundamenta en el derecho a la tutela judicial efectiva, como se le denomina en nuestro país”<sup>651</sup>.

Así, una vez violado su derecho, nace para el consumidor lesionado la posibilidad de ir a juicio buscar la protección judicial para su salvaguarda. Y principalmente en casos de lesiones de masa, ese interés no solamente autoriza la búsqueda por la reparación individual del daño, pero incluso por la fijación de una indemnización punitiva.

De ese modo, entiendo que en lo que se refiere a la teoría de los daños punitivos, no hay que hablar de legitimación extraordinaria de la parte que defiende la condena en indemnización punitiva.

En efecto, lo que se tiene es la discusión de una indemnización compensatoria, y una punitiva, por el daño causado a la persona, aunque esa sea fijada tomándose con base el daño social causado. La legitimación para la tutela punitiva es ordinaria, visando la parte, en rigor, la obtención de la indemnización por encima únicamente de lo compensatorio.

---

<sup>650</sup> Legitimación extraordinaria

<sup>651</sup> VILAR y col., in *Tutela de los consumidores y usuarios en la ley de enjuiciamiento civil*, Coord. Silvia Barona Vilar, 2a ed., Tirant lo blanch: Valencia, 2003, p.38



Como vimos, para fines de condenación en indemnización punitiva se puede valorar o desvalorar la conducta, por el placer que esta causó a la parte ofensora por encima de lo que sería debido a título de compensación, (o igualmente por el lucro que generó arriba de la eventual indemnización compensatoria, como es posible que ocurra en hipótesis de derechos de autor), o mismo porque la ofensa ha generado un daño social que ultrapasó la lesión singular.

En esas hipótesis la indemnización punitiva se ha mencionado con el objetivo de hacer que la parte internalice los costos de su conducta, debiendo ser condenado a pagar no solamente el daño individualmente generado, pero el colectivo. En caso de la conducta generar además del daño, lucro, igualmente determinada la devolución de las ganancias. Solo así habrá cumplimiento de las funciones de responsabilidad civil, entre estas la preventiva y la de evitar el enriquecimiento sin causa.

En efecto, solamente por medio de este tipo de indemnización el autor de la ofensa tendrá el estímulo necesario para evitar la repetición de la conducta dañina, puesto que deberá adotar la cautela necesaria para que el daño no vuelva a ocurrir, y eventual lucro que habría generado por la lesión a los derechos de un grupo no se concretizaran.

Es decir, se trata de la aplicación de la institución de la responsabilidad civil, sin tener que hablarse de cualquier desvío de función o legitimación extraordinaria por parte del autor de la acción gratificado con los daños punitivos.

En efecto, no se trata de hipótesis de sustitución procesal, pues la parte protege su propio derecho, aunque sea para alcanzarlo de forma favorable a terceros. Realmente, ella tiene interés que el abastecedor de productos y servicios no repita la conducta que generó un daño contra si. Apesar que este interés también tenga un carácter público social, no deja asimismo de retirar el interés individual en su protección.

De tal forma que aclarando esta afirmación, piense en la hipótesis del conductor que utiliza diariamente la vía administrada por una concesión de servicio público, que está en mal estado, presentando riesgos a su vida e integridad física, y pugna en juicio para que esta sea arreglada. El interés individual en la tutela de su derecho no se aleja por la existencia de un derecho difuso a la salud e integridad física. Así, al postular su protección individual en juicio, alcanza indirectamente y favorablemente a terceros.

Y, a su vez, distinto no puede ser el raciocinio en lo que se refiere a la posibilidad de pedido de la indemnización punitiva, así como de su sustitución por una tutela específica.

Lo que se tiene aquí es el pedido punitivo da parte para la tutela de su derecho individual, aunque tenga efectos que alcancen terceros. En lo que se refiere a la sustitución

de la indemnización por una tutela específica, igualmente pasa lo mismo, con la aplicación de instituciones jurídicas ya consagrados de manera que alcancen el mejor resultado para la tutela de los derechos subjetivos, concretizando de forma más plena el principio de acceso a la justicia, dándole a quien tiene el derecho, todo lo que tiene derecho, en el menor espacio de tiempo posible. La efectividad, y tempestividad de la jurisdicción se encuentran debidamente preservadas y optimizadas, con la correcta aplicación de los instituciones jurídicas infra constitucionales.

Y es justamente eso que ocurre in casu. Es decir, pretendiendo los daños punitivos que la responsabilidad civil logre sus objetivos de prevención y de evitar el enriquecimiento sin causa, estos objetivos solo son alcanzados de forma plena, en muchas hipótesis, considerablemente en el ámbito consumista, donde las lesiones perpetradas generalmente son de masa, con la aplicación de esta institución.

A su vez, el sistema instrumental, procesal, que pretende otorgar al juzgador medios eficaces de hacer valer la tutela subjetiva de forma plena, pone a disposición del aplicador del derecho instrumentos capaces de alcanzar ese objetivo. En la hipótesis de tutela de derecho subjetivo, se plantea el art. 497 del CPC,<sup>652</sup> que establece la posibilidad de sustitución de la indemnización por una tutela específica, determinando el cumplimiento in natura de la prestación.

Es, justamente, lo que se defiende en este trabajo. Hay, simplemente, la aplicación de instituciones consagradas en el ámbito sustantivo e instrumental, como los daños punitivos y la tutela específica. En otras palabras, no hay cualquier violación o ilegitimidad alegable en el ejercicio de la tutela de acuerdo con lo sugerido.

En efecto, por ejemplo, con relación a las lesiones de masa, que se operan en el derecho consumista, el objetivo de la indemnización punitiva en este ámbito es hacer que sea alcanzada la prevención necesaria. Por consiguiente, se deben internalizar los costos de la conducta que lesionó un grupo de personas. Es decir, se debe recomponer el daño social causado.

Así, la indemnización fijada puede ser sustituida por una tutela específica, determinando que la parte ofensora recomponga los daños perpetrados frente a un grupo de personas que sufrieron la violación a sus derechos. Es la simple aplicación del art. 497 del CPC la institución de los daños punitivos. Como vimos, esa posibilidad decurre igualmente de una exegese de la constitución

---

<sup>652</sup> CPC- Código Procesal Civil brasileiro

Destaco, como dije, que no veo que la teoría de que la imposición de daños punitivos o su sustitución por tutela específica se trata de una forma de sustitución procesal. En efecto, en nuestra propuesta lo que se defiende, a través de la acción individual, es en sustancia interés y derecho propio, y no de terceros. En lo que se refiere a los daños punitivos específicamente, es que hay igualmente un carácter público del interés.

En realidad, como ya expuesto, los efectos de un acto jurídico, a pesar que se traten de una relación individual, después de todo pueden alcanzar e influenciar la esfera jurídica de terceros, sin que con eso sea necesario su presencia en juicio o ingreso con acción autónoma. Como, por ejemplo, podemos manifestar la hipótesis de una acción individual de un consumidor contra una institución financiera para la instalación de puertas con detector de metal, en pro de su seguridad, con base en la aplicación de las garantías y principios previstos en el micro sistema de defensa del consumidor. Eventual acción de procedencia acabará por interferir en la esfera de terceros, otros consumidores que utilizan la misma agencia, aunque se trate de un beneficio que se obtuvo por medio de una acción individual en la que el consumidor estaba protegiendo un derecho propio, como el derecho a la integridad física.

Es justamente eso que ocurre con la aplicación de los daños punitivos, institución ya consagrada doctrinaria y jurisprudencialmente, que objetiva al final que se creen los incentivos para que la conducta no se repita, por medio de la internalización de los costes. Es decir: protege el interés propio del consumidor, así como los de terceros, que serán beneficiados con una mejor eficiencia en la prestación de servicios y suministro de productos a los consumidores.

Se establece, que es tenue la línea que aparta el interés público y privado en muchos ámbitos, y en esta hipótesis lo que ocurre es justamente la concretización de esta nueva orden jurídica. López-Tapia, al optar sobre la cuestión de interés jurídico, afirma que “ya no existe una radical separación entre lo público y lo privado”<sup>653</sup>.

En la hipótesis de la tutela de daños punitivos, es justamente esa zona gris que se genera el aplicador del derecho, dado que aún se está protegiendo el interés individual, igualmente se tutela el interés público, creando los incentivos necesarios para evitar las conductas ilícitas, y sea adoptado el nivel de cuidado ideal.

En otras palabras, al tutelar el interés individual y al postularse la condenación en daños punitivos no es únicamente el interés individual el que se está protegiendo, pues atinge favorablemente terceros, tiene un carácter igualmente público, que las acciones y omisiones de

---

<sup>653</sup> López-Tapia, Yolanda de Lucchi, in *La tutela jurisdiccional civil de los intereses de consumidores y usuarios*, Edisofer s.l Libros Jurídicos, Madrid, 2005, p. 28

los proveedores de productos y servicios sean llevadas a cabo con el cuidado necesario y no sean ilícitas. Sin embargo, no se trata de una legitimación extraordinaria, mas bien ordinaria, para la correcta concreción de los objetivos del sistema de responsabilidad civil.

En efecto, el derecho individual de que la conducta no se repita en su desfavor, con el alcance de los objetivos del sistema de responsabilidad civil, no se excluye por existir interés de terceros o de la colectividad en el mismo sentido. Es lo mismo en el ejemplo anteriormente utilizado en el que hace referencia al hueco en la vía que solicitan sea tapado. El interés individual no excluye el de la colectividad, ni por eso desvincula la legitimidad de la parte a litigar individualmente.

Volviendo a la hipótesis de daños punitivos, tenemos la misma razón, por la cual la solución no puede ser diferente. El interés individual para que la parte ex adversa no repita la conducta ilícita o adopte mayor cautela es individual, aunque no excluya el interés de toda la sociedad, en el mismo sentido. Es lo que pasa también con la sustitución de la indemnización por una tutela específica.

En realidad, cuando expresamente previsto por la ley el derecho a la tutela punitiva, como, por ejemplo, en la hipótesis del art. 42, parágrafo único del CDC<sup>654</sup>, se observa que el interés protegido, aunque tenga una connotación pública, es igualmente individual, otorgando al lesionado el derecho a la repetición del doble del pago indebido.

Del mismo modo en España, como por ejemplo la previsión del artículo art. 66 de la Ley 11/1986 de 20 de marzo, que establece:

1. Para fijar la indemnización por daños y perjuicios se tendrán en cuenta, a elección del perjudicado:

a) Las consecuencias económicas negativas, entre ellas los beneficios que el titular habría obtenido previsiblemente de la explotación de la invención patentada si no hubiera existido la competencia del infractor y los beneficios que este último haya obtenido de la explotación del invento patentado.

Es decir: además del interés individual en la percepción de la indemnización, y que la conducta no se repita en su desfavor, hay igualmente un interés público subyacente en la aplicación de los daños punitivos, de modo a attingir la prevención necesaria, desestimulando la reiteración de la conducta ilícita, y en ese caso específico evitando el enriquecimiento sin causa justa.

---

<sup>654</sup> Código de Defensa del Consumidor de Brasil. Ley 8078/90.

Se trata de una nueva y actualizada interpretación del derecho que dió margen a la evolución y aplicación de una institución jurídica de modo que alcance el objetivo del sistema de responsabilidad civil, cuya importancia se hace vital en la actual sociedad de masa.

Como bien señala López-Tapia, “es conocido por todos que el fenómeno de la socialización, con las repercusiones que conlleva-complejidad y masificación de las relaciones económicas y sociales- reveló que, en el ámbito jurisdiccional, la concepción tradicional individualista del Derecho, aparecía como insuficiente para tutelar las nuevas situaciones jurídicas que habían ido surgiendo, propias, como MORELLO y STIGLITZ<sup>655</sup> señalan, de una civilización de consumidores. Al margen de connotaciones sociales respecto del nacimiento de este tipo de intereses como fruto de la evolución de la sociedad capitalista y de la lucha de clases, el reconocimiento de esa nueva realidad social determinó la necesidad de protección jurídica y tutela procesal de aquellos”.<sup>656</sup>

La legitimidad del ciudadano para litigar por daños punitivos, de modo que evite el enriquecimiento sin causa, y alcance la disuasión necesaria, ante una conducta que generó daño individual y lucro al ofensor, como en la hipótesis de violación del derecho del autor, es fácilmente constatada, puesto que además de pugnar por la reparación del daño sufrido, también este tiene interés que aquella conducta no se repita, debiendo entregar al autor todo el lucro obtenido en detrimento del titular del derecho.

En ese sentido, el mismo raciocinio debe ser usado cuando se trata de varias lesiones individuales causadas. Permanece el interés individual de no reiterar esa conducta, conveniendo el pago de todo el daño social causado, así como la sustitución por una medida específica.

De hecho, ni siquiera habiendo generado enriquecimiento al ofensor, no obstante perjuicio, el interés individual para tutela permanece el mismo, que la conducta ilícita no se repita. Hasta por el mismo hecho que difícilmente la conducta ilícita dañina o culposa adoptada en detrimento de otra ideal no fue tomada en teoría para ser más benéfica por medio de un análisis de costo y beneficio (ej: sería más caro adoptar una cautela mayor, salvo en la hipótesis de ser condenado a pagar por todo el daño causado).

Con respecto a lo antes mencionado, no se puede olvidar que un análisis superficial del ordenamiento jurídico puede llegar a que, tanto en el derecho brasileño como en el derecho español, se levanten voces discutiendo la eventual inconstitucionalidad de la

---

<sup>655</sup> MORELLO, A.M, y STIGLITZ, G., in *Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos*. LA Plata, 1986, p.148, apud López-Tapia, Yolanda de Lucchi, *idem*, *ibidem*, p. 30

<sup>656</sup> López-Tapia, Yolanda de Lucchi, *idem*, *ibidem*, p. 30.

medida, en razón de la legitimación activa para tutela de intereses difusos, individuales homogéneos y colectivos prevista en la Constitución Federal brasileña de 1988 y en la Constitución del Reino de España.

Pero no se trata de legitimidad para ejercicio de acción colectiva, como la hipótesis de acción civil pública o acción popular, esta última prevista en la Constitución del Reino de España, en su artículo 125, y, en Brasil, por medio de la Ley 4.717/65, textualmente:

Constitución Española.

Artículo 125:

Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales.

Ley 4717/85.

Art. 1º:

Art. 1º Cualquier ciudadano será parte legítima para litigar la anulación o la declaración de nulidad de actos lesivos al patrimonio de la Unión, del Distrito Federal, de los Estados, de los Municipios, de entidades autárquicas, de sociedades de economía mixta (Constitución, art. 141, § 38), de sociedades mutuas de seguro en las cuales la Unión represente los asegurados ausentes, de empresas públicas, de servicios sociales autónomos, de instituciones o fundaciones para cuya creación o costeo o tesoro público haya concurrido o concurra con más de cincuenta por ciento del patrimonio o del ingreso anual, de empresas incorporadas al patrimonio de la Unión, del Distrito Federal, de los Estados y de los Municipios, y de cualquier persona jurídica o entidades subvencionados por los fondos públicos.

Diferente no es la previsión del Código de defensa del Consumidor en Brasil, Ley 8.078/90, que dice:

Art. 82. Para los fines del art. 81, párrafo único, son legitimados concurrentemente: (Redacción dada por la Ley nº 9.008, de 21.3.1995)  
(Ver Ley nº 13.105, de 2015) (Vigencia)

I - el Ministerio Público,

II - la Unión, los Estados, los Municipios y el Distrito Federal;

III - las entidades y órganos de la Administración Pública, directa o indirecta, aunque sin personalidad jurídica, específicamente destinados a la defensa de los intereses y derechos protegidos por este código;

IV - las asociaciones legalmente constituidas con por lo menos un año y que incluyan entre sus fines institucionales la defensa de los intereses y derechos protegidos por este código, dispensada la autorización de la asamblea.

Eso sin perjuicio de los legitimados concurrentes previstos en el art. 5º de la Ley 7347/85.<sup>657</sup>

En el derecho español, está la previsión de tutela colectiva de derechos de los consumidores, constitucionalmente, por medio del art. 124 de la CRE, que estatuye:

---

<sup>657</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm)

#### Artículo 124

1. El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante estos la satisfacción del interés social.

También hay, disposiciones infra constitucionales regulando la legitimación extraordinaria para tutela de interés de consumidores, las asociaciones y el Ministerio Fiscal, en la Ley de Enjuiciamiento Civil,<sup>658</sup> artículo 11, textualmente:

#### Artículo 11 Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios

1. Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios.

2. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de estos, así como a los propios grupos de afectados.

3. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas.

4. Las entidades habilitadas a las que se refiere el artículo 6.1.8 estarán legitimadas para el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios.

Los Jueces y Tribunales aceptarán dicha lista como prueba de la capacidad de la entidad habilitada para ser parte, sin perjuicio de examinar si la finalidad de la misma y los intereses afectados legitiman el ejercicio de la acción.

*5. El Ministerio Fiscal estará legitimado para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios.*

Se Tratan de normas no excluyentes de la posibilidad de persecución individual del derecho singular del consumidor en juicio, no obstante, los procedimientos puestos a disposición, por el ordenamiento jurídico, para tutela de interés y derechos violados. Es decir, no retira la legitimidad individual de la parte, incluso so pena de herir el derecho a la tutela judicial efectiva, garantizada constitucionalmente.

Con respecto a la preservación del derecho individual, inclusive, la LEC<sup>659</sup> es clara en admitir la tutela de este derecho. El Artículo 11.1, prevé esta legitimación que,

---

<sup>658</sup> Doravante LEC

<sup>659</sup> Ley de Enjuiciamiento Civil.

aunque no expresa en la norma no podría ser desvinculada, por fuerza de la aplicación del principio de acceso a la justicia.

Analizando la norma, explicita VILAR y col, que “junto a la legitimación individual que tienen los perjudicados, se les reconoce legitimación a las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas...”<sup>660</sup>.

En ese mismo orden de ideas, aclara que “el art. 11 de la Ley reconoce legitimación individual a los consumidores y usuarios perjudicados para entablar acción declarativa contra la persona física o jurídica causante del perjuicio. No presenta especialidad alguna por tratarse de un supuesto de legitimación ordinaria basada en la afirmación de la titularidad de la relación jurídico-material que se deduce en juicio....(...)”.

Podría darse el caso que el interés o derecho subjetivo del consumidor que ha entablado o pretende entablar la acción de tutela sea coincidente con un interés colectivo o difuso”.

Así confirma, en la línea de nuestro razonamiento, la legitimación para tutela de los derechos individuales, que decurren de la titularidad de esos mismos derechos, y que aún pueden, en algunas hipótesis, coincidir con un interés difuso o colectivo, sin por eso alejar la legitimación individual

Defiende, no obstante, con respecto a la acción de cesación, que para esta no tendría legitimidad el individuo, limitándose el derecho de intentarla en regla general, en razón de someter a un procedimiento específico; por la ausencia expresa de la legitimación individual, así como por la previsión normativa del art.15.4 de la LEC.

Con relación específicamente a la acción de cesación hay que señalar que su previsión general, así como de leyes especiales que tratan del tema tuvo origen en la Directiva 98/27/CE. Analizando la norma observase que esta da legitimación a asociaciones sin impedir que los lesionados igualmente sean legitimados para la tutela de este derecho, conforme se extrae de su razonamiento.

Sobre esa cuestión, reconoce GAZCÓN la legitimación individual para ese tipo de protección por parte de los ofendidos, aunque limitando a ciertas demandas judiciales . Explica:

“En segundo lugar, algunos textos legales también han extendido la legitimación para el ejercicio de esta acción de cesación a «los titulares de un derecho o de un interés legítimo», lo que supone la atribución de legitimación a cualquier tipo de sujeto, sea persona

---

<sup>660</sup> VILAR e col., in *Tutela de los consumidores y usuarios en la ley de enjuiciamiento civil*, Coord. Silvia BArona Vilar, 2a ed., Tirant lo blanch: Valencia, 2003, p.133.



jurídica o sea persona física (Ley del Medicamento, Ley General de Publicidad y Ley sobre actividades de radiodifusión televisiva)”.

Entendemos que la legitimación colectiva por sí no retira la posibilidad de la tutela singular. Además, obsérvese que el interés individual puede visar el mismo interés difuso, sin que eso le retire el carácter individual. Así, aquel que demanda a que la fábrica que contamina el aire que respira (vecino), pare de emitir gas tóxico, defiende el interés propio que se refleja en el interés de terceros.

De ese modo, en el caso de la tutela de daños punitivos, es lo que ocurre, pues se defiende el derecho de no sufrir más esa conducta ilícita, mediante la creación de los incentivos necesarios. Así, cuando pide daños punitivos por la venta de producto dañado, la tutela alcanza el interés de terceros igualmente, puesto que con su pleito, y por medio de la tutela específica, otros también tendrán su derecho tutelado. Lo mismo con relación a la aplicación de una tutela específica.

Otra alegación de ilegitimidad del consumidor para tutela de derecho en las acciones de cesación es sustentada por parte de la doctrina en razón del artículo 11.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece expresamente la legitimidad a las asociaciones de consumidores.<sup>661</sup>

Entiendo que la ley habla de legitimidad para la tutela de derechos difusos y colectivos, o sea, las acciones colectivas lato sensu, no retirando la legitimidad individual del consumidor, como ya explicado anteriormente, so pena de violación del principio del acceso a la justicia y tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución del Reino de España).

Además, la redacción de la norma es clara al referirse sobre la tutela de los derechos colectivos, por lo que no se excluye la posibilidad de aplicación de la teoría de los daños punitivos y la búsqueda por su protección y la tutela individual. Establece la norma, in verbis:

Artículo 11 Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios  
(...)  
4. Las entidades habilitadas a las que se refiere el artículo 6.1.8 estarán legitimadas para el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios.

---

<sup>661</sup> Artículo 11 Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios.

4. Las entidades habilitadas a las que se refiere el artículo 6.1.8 estarán legitimadas para el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios. Los Jueces y Tribunales aceptarán dicha lista como prueba de la capacidad de la entidad habilitada para ser parte, sin perjuicio de examinar si la finalidad de la misma y los intereses afectados legitiman el ejercicio de la acción.

De hecho, como vimos con antelación, por medio del principio de la tutela judicial efectiva no hay como interpretar esa norma como excluyente de la posibilidad de actuación individual del consumidor lesionado. Es decir, en un ejemplo de contaminación de las aguas que utilizan para la pesca, habría legitimidad individual de ir a juicio buscando la cesación de la actividad, además de indemnización de daños y perjuicios e incluso la sustitución de la indemnización por una tutela específica para descontaminar el río.

En ese sentido la interpretación de CHIOVENDA sobre el sistema jurídico, donde no hay como excluir un derecho de protección, y a todo derecho subjetivo hay que tener un procedimiento adecuado. Es decir, el sistema jurídico no puede dejar de proteger un derecho sobre el fundamento de un procedimiento inexistente, ni siquiera excluir un derecho del lesionado, retirando su legitimidad para recurrir a la vía judicial.

Así, aunque no haya previsión expresa de la posibilidad de tutela individual del consumidor para protección de su derecho, esa legitimación se retira de la constitución y de todo el sistema jurídico, y habría inconstitucionalidad en la interpretación contraria a este derecho.

“El fundamental principio de quien es titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo es, al mismo tiempo y automáticamente, titular de la acción entendida como posibilidad de hacer valer en juicio aquel derecho o aquel interés legítimo (...) e inconstitucional sería la norma ordinaria que privaría al ciudadano, en cuanto supuesto titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo- a la posibilidad de accionar por su defensa en juicio”<sup>662</sup>.

La legitimación para las acciones de tutela de derechos colectivos, difusos e individuales homogéneos previstos en la Constitución, y en leyes específicas, considerablemente en el ámbito del derecho del consumidor, no se confunden con la medida en curso, puesto que las demandas son diversas, aunque, en lo que se refiere a la tutela de los daños punitivos, haya similitud de objetivos entre esta institución y de algunas acciones colectivas. Además, es posible que el interés individualmente tutelado coincida con el eventual interés colectivo lato sensu, lo que no le retira la legitimidad para litigar su protección individual.

En efecto, la razón de ser de la institución de daños punitivos, como la internalización de los costos; la eficiencia de la justicia (ya que habría disminución de lesiones, y consecuentemente el aniquilamiento de las acciones), la adopción de la cautela ideal y crear

---

<sup>662</sup> ANDRIOLLI, Virgílio, apud PISANI, Andrea Proto, in *La tutela jurisdiccional*, Palestra, Lima:2014, pp. 66-67.

los incentivos para no repetición de la conducta ilícita, así como, en caso de sustitución por una tutela específica, la protección de derechos individuales que, muchas veces, quedarían desprotegidos, se asimilan en muchos momentos a los objetivos perseguidos por medio de una acción colectiva.

Sin embargo, analizando las reglas de tutela de derechos difusos, colectivos o individuales homogéneos, en ningún momento se extrae la prohibición de la efectiva tutela de los bienes jurídicos judicialmente protegidos por otro instrumento, o la prohibición de fijación de daños punitivos, y su sustitución por tutela específica.

Así como no excluye el derecho del consumidor lesionado, se admite, igualmente, la condenación en daños punitivos, conforme vimos por fuerza de la legislación e interpretación correcta de las garantías constitucionales, autorizándose por medio de la interpretación de las normas procesales la concesión de la tutela específica para salvaguardar in natura el derecho subjetivo amenazado o violado.

Como vimos, en ciertos momentos se puede observar que la medida específica substitutiva de la indemnización punitiva acabará por asemejarse en algunos aspectos, a una acción colectiva, una vez que en algunas hipótesis podrá llegar a proteger y tutelar derechos de una gama de personas alcanzadas por el acto ilícito.

Así, podemos pensar en la hipótesis de tarifas bancarias abusivas, en que la tutela específica determina la devolución y prohibición para que esta vuelva a ser cobrada, o cuando de la venta de productos con cuantía inferior a la anunciada en la embalaje, determinándose la prohibición de que se vuelva a comercializar el producto irregularmente, so pena de multa diaria (astreintes).

En el primer ejemplo igualmente se puede determinar la devolución en doble de la cuantía cobrada indebidamente, con base, por ejemplo, en el artículo 42, párrafo único del CDC, so pena de no se atingir la disuasión necesaria.

Como eventual indemnización punitiva sería calculada con base en la efectiva lesión social causada, de modo que la internalice, además de la devolución del lucro obtenido, lo que se operó por medio de la medida procesal fue la sustitución de este quantum por una medida específica, alcanzando el mismo objetivo, de forma más eficaz.

Como ya señalamos, no se trata de la violación de legitimidad para actuar, o hipótesis de acción colectiva. Lo que se observa es el enjuiciamiento de una acción individual, que tutela el derecho subjetivo individual, y acaba por alcanzar indirectamente la esfera de terceros. Son acciones no excluyentes. La legitimación constitucional no retira la legitimidad

de terceros buscar en la tutela de esos mismos derechos, desde que son autorizados por el ordenamiento jurídico.

Por lo tanto, no es en razón de estar en la constitución establecida previsión expresa de legitimación para la tutela de direitos coletivos e difusos a certos legitimados, y cuyos objetivos coinciden en parte con la institución de derechos punitivos, que se retira la legitimación individual para la aplicación del instituto de los daños punitivos.

Y se observa que mismo en el ámbito de los derechos colectivos lato sensu la previsión constitucional no restringe la posibilidad que otros legitimados no previstos constitucionalmente se asomen al Ministerio Público para salvaguardar estos derechos, como vimos líneas arriba.

Es decir, si hasta con respecto a la legitimación extraordinaria no hay dudas en cuanto a la posibilidad que otros representantes tutelen los derechos colectivos, además de los legitimados constitucionalmente, mayor es la razón para no considerar cualquier alegación de inconstitucionalidad sobre la legitimidad del consumidor de tutelar su derecho individual, y ver aplicada la teoría de los daños punitivos, que para ser más eficaz, puede, finalmente, acabar salvaguardando derecho de terceros.

De hecho, se trata de un derecho que se extrae de la propia constitución, y del principio de la tutela judicial efectiva. No se puede alejar la protección subjetiva del derecho en juicio, una vez que se prohibió la protección directa de este por medio de una acción material. Hay que se garantizar mecanismos procesales eficaces para la protección de estos derechos. Por lo tanto, aunque permitida la tutela coletiva, la individual está garantizada. No hay cómo alejar la protección sob pena de violación al principio de la tutela judicial efectiva.

De ese modo, no solamente la acción colectiva puede ser utilizada para la protección de esos derechos que tienen indirectamente una repercusión colectiva, pero igualmente la tutela singular conjuntamente con la institución de los daños punitivos y la tutela específica. Y eso fica más patente principalmente en lo que hace referencia a derechos de pequeno monto, donde muchas veces la protección judicial no es buscada por la baja repercusión financiera, los costes de litigación, la desgastes de tiempo utilizado para promover una acción judicial, etc.

Es decir: sin la previsión de otros modos de tutela, los derechos quedarían sin protección, lo que reflejaría en la sociedad, con la continuidad de lesiones a los intereses y derechos jurídicamente protegidos, una vez que el incentivo ideal no se crearía.

De hecho, el CDC brasileño autoriza expresamente a las partes que busquen la protección de sus derechos, si no tienen interés en litigar conjuntamente con el titular de la

acción colectiva o mismo esperar su resultado<sup>663</sup>. Además, si piden el ingreso en la acción colectiva, actúan como litisconsortes asistenciales.<sup>664</sup>

Entiendo que además en España no puede ser otro el raciocinio, cabendo a la parte individual intentar autónomamente su acción judicial, si tiene interés en litigar singulamente, so pena de violación del principio de acceso a la justicia. Suficiente que se auto-excluya de la demanda.

En ese sentido SHARKEY doctrina con relación al derecho norteamericano: “...I want to draw an analogy to injunctive relief remedies, which provide benefits to a much wider class of individuals than the immediate plaintiff in a case. In other words, where a single plaintiff brings an action for injunctive relief against an institutional actor, the remedy benefits not only the individual plaintiff, but also all other similarly situated individuals”.<sup>665</sup>

Además, como analizamos, a pesar que se tratan de instituciones diferentes, el daño punitivo y las acciones colectivas tienen puntos de convergencia, se asimilan, inclusive, en los fundamentos por los cuales fueron creados e instituidos.

Fijadas esas premisas, y nuestra posición sobre la legitimidad del individuo para pleitear daños punitivos y su sustitución por una tutela específica, hay que, sin embargo, analizar una posible alegación que de la legitimidad para la tutela de los daños punitivos, que visa internalizar los costos sociales de la conducta ilícita, buscando atingir la prevención, sea una tutela de un derecho difuso, legitimado el particular a su protección por medio de los daños punitivos. Una vez que el derecho pertenece a todos los posibles consumidores de productos y servicios, la tutela a buscarse sería de este tipo de interés.

Analicemos la alegación que, en verdad, al tutelarse los daños punitivos, el legitimado actúa en legitimación extraordinaria, autorizado por el ordenamiento jurídico, en pro de un interés difuso de todos los consumidores, por una mayor cautela en la producción y suministro de productos y servicios. Por lo tanto, en esta parte del pedido, actuaría como substituto procesal.

---

<sup>663</sup> Art. 104. Las acciones colectivas, previstas en los incisos I y II y del párrafo único del art. 81, no inducen litispendencia para las acciones individuales, pero los efectos de la cosa juzgada erga omnes o además de las partes a que aluden los incisos II y III del artículo anterior no beneficiarían los autores de las acciones individuales, si no fuera requerida su suspensión en el plazo de treinta días, a partir de la ciencia de los autos de enjuiciamiento de la acción colectiva.

<sup>664</sup> Art. 103. En las acciones colectivas de que trata este código, la sentencia constituye cosa juzgada:(...) III - erga omnes, apenas en el caso de procedencia del pedido, para beneficiar todas las víctimas y sus sucesores, en la hipótesis del inciso III del párrafo único del art. 81.(...) § 2º En la hipótesis prevista en el inciso III, en caso de improcedencia del pedido, los interesados que no intervinieron en el proceso como litisconsortes podrán proponer acción de indemnización a título individual.

<sup>665</sup> SHARKEY, Catherine M., in *Punitive Damages as Societal Damage*, The Yale Law Journal, Volume 113, 2003-2004, Number 2, November 2003, p.398.

Aunque así se entienda, no veo óbice a la aplicación de la teoría. En esas hipótesis lo que ocurriría sería la legitimación extraordinaria para la tutela de los daños punitivos, así como de su sustitución por una tutela específica, autorizada por el ordenamiento jurídico, por medio de una interpretación constitucional, como vimos.

La protección de los derechos de los consumidores autoriza la aplicación de la teoría de los daños punitivos, pues de ese modo se consigue una mejor tutela de ese grupo en razón de una reducción de las lesiones causadas, por medio de la internalización de los costes, protegiendo los derechos de los consumidores. Además, con la sustitución por una tutela específica, se protege directamente los derechos que fueron violados de manera tempestiva e eficaz, dando a los consumidores todo a que hacen jus en el menor espacio de tiempo posible.

La protección y autorización para la obtención del daño punitivo decurre pues de un interés público de la sociedad en que el sistema de responsabilidad civil atinja sus objetivos, con la reducción de las lesiones, mejor convívio social, y atingiendo al final la reducción de las demandas judiciales.

Se trataría de una legitimación extraordinaria autorizada por el sistema jurídico, posible en razón del principio de la tutela judicial efectiva y de las normas infraconstitucionales, que en Brasil está debidamente concretizada en el artículo 18 del CPC.

Es decir: aunque se entienda que el pleito de daños punitivos se trata de una legitimación extraordinaria, esta autorización para litigar se extrae de la correcta interpretación del sistema jurídico, que autoriza la cobranza de daños por encima de los compensatorios, de modo que alcance los objetivos buscados por el sistema de responsabilidad civil.

En ese sentido, no se podría alegar ilegitimidad de representación, ante la posibilidad de aplicación de daños punitivos y sustitución por una medida específica. No obstante, las razones algunas veces se confundan, entre la institución de los daños punitivos y de las acciones de clase, y sea un individuo al litigar en ambas hipótesis, hay diferencias sustanciales en las medidas, que la apartan, sin tener que hablarse de vicio procesal, de legitimidad o de constitucionalidad.

### **3.3.3. Ventajas.**

#### **3.3.3.1 Supera la cuestión de enriquecimiento sin causa del ofensor y de la víctima.**

Uno de los problemas señalados por la doctrina y jurisprudencia con relación a la fijación de los daños punitivos es el principio jurídico de la vedación al enriquecimiento sin causa.

Ya vimos que el principal objetivo de los daños punitivos es la adopción de la cautela necesaria y evitar la reiteración de la conducta, sea por parte del ofensor, sea por parte de terceros. Como vimos, la conducta del causante del daño debe ponderarse ante toda la sociedad que sufre con la ocurrencia del ilícito, demostrándose la utilidad negativa que esta acción causa. Así, se justificaría la imposición de la indemnización punitiva, pretendiendo combatir el ilícito causado y toda la repercusión económicamente negativa para la sociedad, vedándose, además, muchas veces, el enriquecimiento sin causa del ofensor.

No obstante, litigando apenas uno de los ofendidos ante la violación de derechos de todo un grupo, la indemnización fijada acabaría por beneficiar apenas a uno de los lesionados, y no a todos. Es decir, se paga al autor de la acción no solo el daño sufrido, no obstante, el daño sufrido por terceros. En realidad, el quantum fijado debe hacer que se internalicen los costos de la acción u omisión ilícita, para que no se reitere o no haya enriquecimiento sin causa del ofensor. En esas hipótesis, muchos doctrinarios afirman que habría un enriquecimiento sin causa por parte del ofendido, que no tendría derecho a aquel monto.

Esa preocupación también aparece en el derecho norte-americano, existiendo diversos baremos establecidos legalmente, como vimos.<sup>666</sup> A su vez, la jurisprudencia igualmente tiene establecido límites para la fijación de los daños punitivos. La Suprema Corte, por ejemplo, llegó a manifestarse por la limitación de la indemnización máxima al valor de nueve veces los daños compensatorios.<sup>667</sup>

No obstante, estas soluciones no son suficientes para apartar la alegación de enriquecimiento sin causa de la víctima, que se fundamenta en el pago de la indemnización en valor superior al quantum de la indemnización compensatoria. Realmente, por más que se disminuya o limite el quantum a ser pago a título de daños punitivos, no deja de autorizar el pago de la cuantía excedente al valor compensatorio. Por lo tanto, queda íntegro el cuestionamiento acerca de la constitucionalidad de la indemnización punitiva, aunque baremada su fijación<sup>668</sup>.

---

<sup>666</sup> COLOCAR HIPÓTESES DE BAREMOS NORTE-AMERICANOS.

<sup>667</sup> State Farm v. Campbell (2003). Disponible en <https://www.law.cornell.edu/supct/html/01-1289.ZO.html>, acceso en 08 de febrero de 2017.

<sup>668</sup> Además, con la limitación hay reducción de la efectividad de la medida, no internalizando todos los costos necesarios para evitar la reiteración de la conducta ilícita, porque permanece ventajosa.

Una de las alegaciones hechas por la doctrina, que justifica el pago en exceso, es la que trata de una especie de recompensa paga al ofendido, principalmente en las lesiones de masa, al tener el procesado la acción que crearía el desestímulo al autor del acto ilícito y a terceros, en la reiteración de acciones de esta naturaleza, una vez que no obtuviera beneficio financiero de su conducta, teniendo que resarcir los daños causados.

En efecto, como bien apuntan COLE y SALES, “el número de tribunales ha expresado la razón fundamental de que los ciudadanos son mas predispuestos a establecer demandas que protejan sus derechos y hacer cumplir los derechos civiles si los daños punitivos constituyen un incentivo para litigar”.<sup>669</sup>

En ese sentido, LOURENÇO establece que este propósito justificaría la atribución al lesionado de los daños punitivos.

Es de pensar en esta hipótesis, pues así, afirman algunos, se estaría justificando el pago del valor por encima de lo compensatorio, por una causa justa, a la parte que enjuiciaron la acción. Trae, inclusive, un estímulo para que haya litigación por otros lesionados, aunque en la tutela de derecho subjetivo de baja repercusión financiera, que por regla general no estaría justificada en términos económicos, por el tiempo, costo y desgaste que se enfrenta al enjuiciar una acción. El incentivo acabaría por traer a litigio esos excluidos, con un resultado social y final positivo.

Así, lo que se tendría, según esta doctrina, no sería un enriquecimiento sin justa causa, no obstante plenamente justificado por las peculiaridades que envuelven las indemnizaciones punitivas, en las que se valora la utilidad económica de toda la sociedad.

Otros, a su vez, reafirman que el pago a la víctima de daños extra-compensatorios serían una medida injustificada, por el enriquecimiento sin justa causa, siendo la mejor solución que la cuantía fuera destinada a un fondo específico, como veremos adelante.

Relata LOURENÇO que la propuesta de destinación a un fondo estatal pretende no solo evitar la alegación del enriquecimiento sin causa de la víctima, sino también posibilitar la reducción del quantum a ser fijado a título de daños punitivos, por fuerza de la aplicación de la VIII Enmienda Constitucional de los EUA.<sup>670</sup>

Como vimos, posibilitar la reducción de la indemnización solamente no es suficiente para alejar la alegación, una vez que sigue la parte recibiendo más de lo debido a título de daños compensatórios.

---

<sup>669</sup> SALES, James B. e Jr, Kenneth B. COLE, in *Punitive Damages, A Relic that has Outlived it 's Origin*, 37 Vand. L. Rev. 1117 1984, p. 1123.

<sup>670</sup> LOURENÇO, Paula Meira, *idem*, *ibidem*, p.1092.



Además, no es una medida saludable la fijación de un baremo o límite a los daños punitivos, una vez que puede vaciar la propia razón de ser de la institución, que pretende que el causante del daño internalice los costos de su conducta u omisión, principalmente en la hipótesis de lesiones perpetradas en masa. En realidad, imponer un límite a la indemnización puede apartar de la institución su función preventiva, que visa evitar la reiteración de la conducta lesiva, retirando la posibilidad del ofensor enriquecerse con la práctica del acto ilícito.

Los costos de la conducta ilícita, de los daños causados, deben ser internalizados, aunque generen la fijación de indemnización punitiva en un elevado nivel. Eventuales límites impuestos pueden generar la ineficacia de la propia institución de los daños punitivos, una vez que posibilita la configuración de ventaja económica por medio de la reiteración de la conducta ilícita, ya que se limita a cierto nivel la condenación de la indemnización punitiva.

Igualmente no es ideal la destinación a un Fondo. La destinación de parte del valor fijado a título de daños punitivos al Estado o a un Fondo exceptua siempre una parte al lesionado, por lo que no sería suficiente para apartar la alegación de enriquecimiento sin justa causa, dado que parte de la indemnización sigue siendo extra-compensatoria. Así, en Georgia, Indiana y Iowa 75% de la indemnización punitiva va para fondos estatales, siendo que en Georgia esta regla apenas se destina a las hipótesis de responsabilidad del producto (product liability); Alaska, Mesouri y Utah determinan que el 50% de esta especie de condenación sea destinada a fondos estatales. En Illinois la destinación queda a discreción del órgano juzgador y en Oregon del 40% destinado al autor de la acción, 60% va para la Cuenta de Compensación por Lesiones Penales<sup>671</sup>.

Hay que señalar, aún, que incluso sin leyes que establezcan la posibilidad de destinación de la indemnización punitiva a un Fondo, los Tribunales americanos vienen fallando en ese sentido, incluso sob el razonamiento de evitar el enriquecimiento injustificado.

De hecho, ya vimos el ejemplo de la la Suprema Corte de Alabama, que en el caso *Life Insurance Co. of Georgia v. Johnson* (Johnson I), después de reducir el montante de indemnización de los daños punitivos a \$5 millones, estableció que la cuantía debería ser

---

<sup>671</sup> SEBOK, Anthony J., in *Punitive Damages in the United States*, em KOZIOL, Helmut e WILCOX, Vanessa (eds), *Punitive Damages: Common Law and Civil Perspectives*, Tort and Insurance Law, vol. 25, SpringerWeinNewYork,p.176-177.

dividida entre las partes y un Fondo estatal, utilizando como fundamento la necesidad de evitar el enriquecimiento injusto.<sup>672</sup>

En el caso *Hilgedick v. Koehring Finance Corp.*, en la Corte de Apelações de Califórnia, el Juez Peterson sugestionó que parte de la indemnización punitiva fuera para un Fondo estatal, principalmente en razón de evitar el enriquecimiento injusto<sup>673</sup>.

Si se permite la destinación a Fondos, sin previsión legal, de modo que resulte posible otorgar una eficacia más grande a la institución de los daños punitivos, y evitar alegaciones de inconstitucionalidad, con mucha más razón hay de se admitir la nuestra propuesta de sustitución por una tutela específica, que viene prevista en ley.

De hecho, nuestra propuesta, como veremos más adelante, termina por excluir este cuestionamiento del enriquecimiento sin causa, puesto que no tiene por objeto la aplicación de daños punitivos indemnizatorios, no obstante, su sustitución por una tutela específica que alcance el resultado práctico equivalente. En otras palabras, por ejemplo, en la hipótesis de una tarifa abusiva cobrada por una institución financiera, al contrario de fijar daños punitivos, determinar que la institución excluya la tarifa de todos los clientes que están teniendo su derecho subjetivo violado.<sup>674</sup>

En realidad, partiendo del presupuesto que los daños punitivos son admitidos en nuestro ordenamiento jurídico, y cuyo objetivo principal es la disuasión, se observa que la opción por la determinación de una tutela específica alcanza con más fuerza el objetivo de evitar el enriquecimiento sin causa del ofensor y de la víctima. Del ofensor, pues como ya quedó demostrado, en las disputas consumistas, en las que se trataban relaciones de masa, es notorio que los daños perpetrados, por regla, no alcanzan a una persona, pero si a una gama de consumidores, lo que lleva generalmente a que el ofensor obtenga una ventaja económica, ya que muchos no van a juicio buscar la protección de sus derechos.

Así, por ejemplo, en las hipótesis de cobranza de tarifa indebida en la cuenta corriente, esa cobranza alcanza a todos los clientes de la institución financiera, o por lo menos una parte de ellos, que están en un cierto estrato. Lo mismo con los clientes de una compañía telefónica que ofrece servicios de internet, con la falla en la prestación del servicio, o falla de

---

<sup>672</sup> SEBOK, Anthony J., in *Punitive Damages in the United States*, em KOZIOL, Helmut e WILCOX, Vanessa (eds), *Punitive Damages: Common Law and Civil Perspectives*, Tort and Insurance Law, vol. 25, SpringerWeinNewYork, p.176-177.

<sup>673</sup> SHARKEY, Catherine M., in *Punitive Damages as Societal Damage*, The Yale Law Journal, Volume 113, 2003-2004, Number 2, November 2003, pp. 384-385.

<sup>674</sup> Aquí tenemos que analizar la posibilidad de devolución en doble, del lucro y el pago de la compensación, de manera a crear los incentivos necesarios.

la señal telefónica. O aún en la venta de productos, como shampoo, señalando una cuantía superior a la contenida en el embalaje.

En estas hipótesis, y quedando demostrada la imposibilidad de hacer un cálculo exacto del daño causado y del provecho obtenido con la conducta ilícita, para que se logre la disuasión necesaria, la mejor medida a ser tomada es la sustitución de la indemnización punitiva por una medida específica.

En las hipótesis anteriormente mencionadas, por ejemplo, con la retirada de la cobranza de la tarifa de todos los clientes de la institución financiera afectados por el daño, o en el ejemplo de la compañía telefónica, descontándose en las próximas facturas proporcionalmente el período de la falla en la prestación del servicio telefónico de todos los clientes que tuvieron los servicios interrumpidos, o, aun cuando, en la venta de cuantía inferior a la anunciada en el embalaje, con la devolución del producto más bajo vendido.

Así, se alcanza con más eficacia los objetivos de la indemnización punitiva, que siempre estaría por debajo de la finalidad perseguida, dado que el cálculo efectivo del valor a ser pago para alcanzar el objetivo es de difícil, para no decir imposible, medición, lo que podría no ser precisa de modo a evitar que el ofensor obtuviera un enriquecimiento con la conducta contraria al derecho.

La dificultad, como vimos, tiene relación no solo con la investigación del número de lesionados, no obstante, también, con relación a las acciones judiciales ya en curso en que se litiga sobre el derecho subjetivo en cuestión. Discutiéndose la misma cuestión. ¿Cómo hacer ese cálculo, si hay personas que ya están en juicio, sin saber del resultado de su proceso individual? ¿Tendrán en cuenta esos procesos? ¿Prohibirán el enjuiciamiento de otras acciones, hasta el juicio final de la disputa y el cálculo del monto a ser arbitrado?

No hay campo para buscar una fórmula mágica y la medida específica acaba por alcanzar el objetivo de forma más plena.

Así, demostrada que la opción por la sustitución de la indemnización punitiva acaba por alcanzar con más ahínco el objetivo de evitar el enriquecimiento sin causa del ofensor con relación a la víctima esta es la medida que se impone.

De hecho, en lo que respecta a la víctima, la medida igualmente aparta la alegación de inconstitucionalidad en la fijación de los daños punitivos en lo que se refiere al enriquecimiento sin causa, una vez que no se paga cualquier cuantía a título de indemnización punitiva. A ella son pagos daños compensatorios, únicamente, adoptándose la medida específica en la acción individual para fines de internalización de los costes al causante del

daño, evitando, así, la reiteración de la conducta dolosa y el enriquecimiento sin causa, finalidades principales de los daños punitivos.

Por fin, hay que señalar nuestra posición con relación a las hipótesis de daños punitivos fijados de modo a evitar el enriquecimiento sin causa justa del ofensor, como por ejemplo en casos de violación a los derechos de la propiedad intelectual, o mismo devolución del lucro en casos de cobranza de tarifas excedentes. Nuestro entendimiento es que el pago de la indemnización extra compensatoria a la víctima no representaría enriquecimiento sin causa justa, más reconocido y admitido por las leyes y ordenamientos jurídicos, por medio de la aplicación de los daños punitivos.

En la secuencia analizaremos otro punto positivo relativo a la medida sustitutiva, que es el de quitar la necesidad de calcular la indemnización punitiva, tarea de alta complejidad, que se muestra de difícil si no imposible hacer efectiva. Y, si no hecha a contento, puede llevar a una underdeterrence o overdeterrence, sin atingir la finalidad de la institución.

### **3.3.3.2. Desvincular la problemática del cálculo del valor de la indemnización.**

Como vimos, hay una grande aclamación en cuanto a los requisitos que deben ser observados para el cálculo de la indemnización punitiva, y en que intensidad deben ser valorados. Analizando las sentencias de la Suprema Corte Americana, vislumbramos una sucesión de exigencias casuísticas para fines de cuantificación del daño, sin que haya una sistemática aplicable a los procesos de esta naturaleza.

Realmente, como vimos en el primer capítulo, en el momento del juicio de BMW de Norte América v. Gore, la reprehensibilidad de la conducta era uno de los requisitos valorados para fines de cuantificación de la indemnización, demostrando desde luego la dificultad en el cálculo de este tipo de indemnización, en vista de tratarse de critério subjetivo que no trae parámetros a ser observado en el momento del cálculo de los daños.<sup>675</sup> En este juicio, fueron valorados, además de este, otros elementos para la fijación de los daños punitivos, como la disparidad de la lesión o posible lesión al derecho y los daños punitivos y la diferencia entre los daños punitivos fijados y las penalidades civiles impuestas o autorizadas, en casos análogos.

---

<sup>675</sup> Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supct/html/94-896.ZO.html>, visitado 24 de maio de 2016.

La misma variable de la reprehensibilidad fue analizada cuando la sentencia del caso *Mutual Life Insurance Co. v. Haslip*.<sup>676</sup> En este último juicio, como vimos, Justice Blackmun apuntó siete factores que deberían ser valorados en la fijación de daños punitivos, los cuales son: a) relación entre los daños punitivos y el daño causado, o lo que podría ser causado con la conducta del ofensor; b) grado de reprobación de la conducta, la duración, consciencia del acusado, disimulación y la ocurrencia o frecuencia de conducta similar en el pasado; c) el lucro en razón de la conducta, o deseo de su reiteración y de imponer una pérdida al lesionado; d) la situación financiera del acusado; e) los costos del proceso; f) la eventual imposición de sanciones criminales, con el objetivo de mitigar los daños a ser fijados; f) en el mismo sentido, en lo que respecta a la existencia de otras sanciones civiles por la misma conducta del acusado.<sup>677</sup>

A su vez, como la reprehensibilidad no puede ser objetivamente cuantificada, en el juicio de *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell* estableció Justice Kennedy que debería ser analizado si hubo daño físico, o meramente económico; si fue indiferente o negligente con relación a la salud o seguridad del lesionado; si fue una conducta única o acciones repetidas; y si el daño ocurrió por accidente o intencionalmente, por malicia, traición o trampa.

Ya en el caso *Philip Morris USA v. Williams*, la Corte estableció la posibilidad de valoración de daños a terceros, para fines de análisis de represión de la conducta.<sup>678</sup>

Hay decisiones limitando los daños punitivos a una proporción en relación a los compensatorios, decisiones que no son convergentes, muchas veces. Es decir, traen norte y parámetros no objetivos para la fijación del daño, y agregan una variable que limita el máximo de la indemnización a ser paga. En el juicio de *State Farm v. Campbell* se admitió como parámetro el límite de nueve veces los daños compensatorios.

Es decir, la dificultad en la cuantificación es materia pacífica.

Como se expuso anteriormente, en los Estados de Maine, Kentucky, Louisiana, Minnesota, Mississippi, South Dakota y Tennessee, son establecidos parámetros a ser observados, sea por ley, sea por obra de la jurisprudencia, dentro de ellos la riqueza del ofensor; la naturaleza del daño; el grado de culpa o dolo y otros factores relevantes.<sup>679</sup>

---

<sup>676</sup> CALANDRILLO, Steve P., *idem, ibidem*, p. 12.

<sup>677</sup> CALANDRILLO, Steve P., *idem, ibidem*.

<sup>678</sup> CALANDRILLO, Steve P., *idem, ibidem*.

<sup>679</sup> SEBOK, Anthony J., in *Punitive Damages in the United States*, em KOZIOL, Helmut e WILCOX, Vanessa (eds), *Punitive Damages: Common Law and Civil Perspectives*, Tort and Insurance Law, vol. 25, SpringerWeinNewYork, p.185.

Ahora, ¿Cómo calcular objetivamente el daño punitivo, si en su ecuación entran elementos casuísticos, sin posibilidad de conversión objetiva en una cuantía? Aunque sea cuantificable la riqueza del ofensor, ¿Cómo esta se relaciona con el daño punitivo? ¿En qué proporción esta debe ser valorada? El criterio de la naturaleza del daño, a su vez, es aun más tormentoso, pues ¿Cómo influenciaría objetivamente el tipo de daño en el cálculo de la indemnización punitiva? Lo mismo con relación al grado de culpa o dolo.

Para la teoría del análisis económico del derecho, a su vez, los daños punitivos deben ser calculados con base en la proporción inversa a la responsabilidad por todo el daño. Lo que se quiere es hacer que la parte pague por todo el daño causado, siendo una parte a título de daño compensatorio, y el resto a título de daños punitivos. Con eso, habría la internalización de los costos de la conducta que generó la lesión, desarrollando los incentivos necesarios para que no reiteren la acción ilícita o adopten un mayor cuidado con su conducta.

De todos modos, para calcular la posibilidad que la persona sea responsabilizada, hay que tener conocimiento de todos los lesionados, la extensión total del daño, el número de acciones ya juzgadas, enjuiciadas y en curso, lo que se torna una árdua tarea si no imposible de concretizarse, demostrando una vez más la dificultad en la cuantificación del daño punitivo.

En realidad, como bien apunta ROBREDO, “en los casos de accidente en masa o de productos defectuosos, la responsabilidad no se limita a una lesión única, sino que existen múltiples lesionados como consecuencia de un acto único del demandado. Esta situación da lugar a varios problemas nuevos incluyendo la extensión del castigo del demandado por único acto o conducta, o si el jurado deberá ser informado de las condenas pasadas y futuras, o la forma en la que la condena debe ser distribuida entre las víctimas”.<sup>680</sup>

Además, conforme el entendimiento de POLINSKY y SHAVELL que acompaño, en hipótesis excepcionales, en que el dolo al lesionar es mayor que el eventual daño causado, trayendo un mayor beneficio al autor del daño, se debe valorar o desvalorar la conducta para fines de fijación de daño punitivo. Es decir, de igual forma para la teoría del análisis económico del derecho, entra en la ecuación eventualmente criterios no objetivos, de difícil cuantificación.

Los juzgados demuestran como es casuístico y sin parámetro definido el cálculo de los daños punitivos, y la dificultad en realizarlo. Traemos como ejemplos las hipótesis ya

---

<sup>680</sup> ROBREDO, Goretti Vadillo, *in Daños punitivos en el proceso civil Norteamericano*, Estudios de Deusto, Revista de la Universidad de Deusto, Segunda época, vol. 44/2, Desde su fundación vol. 57, Fasc.97, Julio-Diciembre 1996, Bilbao, p.188.

discutidas pretéritamente en este trabajo, donde queda clara la dificultad en la cuantificación, con reiteradas reformas de las decisiones judiciales por las Cortes Superiores. Así, el caso *Grimshaw v. Ford Motor co.*, en el que fue negligenciado un defecto en el automovil por ser el tanque de combustible inseguro, de fácil explosión en el caso que se hubiera chocado por atrás el coche, lo que sucedió, ocasionando la muerte y lesiones corporales en dos ocupantes del vehículo. Inicialmente la indemnización punitiva había sido fijada en US\$125.000.000,00 en favor de Grimshaw, reducida posteriormente por medio de revisión de la decisión a US\$ 3.500.000,00.<sup>681</sup>

En el caso *Stella Liebeck v. Mac Donald's Corporation* los daños punitivos anteriormente fijados en US\$ 2.700.000,00 fueron reducidos a US\$ 480.000,00, después fijados en US\$ 640.000,00.

Así, la propuesta presentada trae mayor eficiencia al sistema jurídico, y principalmente la institución de los daños punitivos. Como fue visto, buscando la internalización de todos los costos de la conducta dañosa, de modo que cree los incentivos correctos, se tropieza con la dificultad de su medición y cuantificación para que alcance el objetivo deseado. Por su vez, teniendo equivoco el cálculo del valor debido a título de daños punitivos, se puede generar baja disuasión, dejando de generar el estímulo necesario para evitar la reiteración de la conducta, una vez que continua benéfico económicamente la reiteración de la lesión, o disuasión excesiva, con la retracción de la actividad económica, puesto que la indemnización generada ultrapasa los daños efectivamente causados.

KOZIOL explical a dificultad en ese cálculo, debido a la posibilidad “varias víctimas obtendrán indemnizaciones por daños punitivos que fueron diseñadas para sancionar todo el plan ilícito, resultando en un castigo acumulativo injustamente alto”.<sup>683</sup>

Y por las sentencias relacionadas, y los requisitos puestos como valorables para fines de cálculo de la indemnización punitiva, reiteramos aquí que alcanzar la cifra correcta es una árdua tarea, si no es imposible.

Además, como vimos, y aquí repetimos, otro problema que es enfrentado en la práctica es que aunque ese cálculo fuera posible, en el sistema americano, por ejemplo, concierne a los jurados la fijación del monto, sin que se alcancen los parámetros y límites ideales para la cuantificación del daño,.

---

<sup>681</sup> RESEDÁ, idem, ibidem, p. 245-246.

<sup>682</sup> Disponível em <http://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/119/757.html>

<sup>683</sup> KOZIOL, Helmut, in *Punitive Damages- A European Perspective*, 68 La. L. Rev. 741 2007-2008, p.754

Como afirma ROBREDO, “se considera que los jurados no están calificados para determinar el quantum de una condena punitiva. La función disuasoria no se puede cumplir si los daños punitivos no son predicibles”.<sup>684</sup>

De ese modo, al evitar la necesidad de cuantificación, el sistema jurídico, economía y sociedad salen fortalecidos, de manera que alcanzan la disuasión necesaria de la conducta negligente o ilícita, consertando relaciones jurídica más eficiente y eficaces, que no repercutiran negativamente en el sistema jurídico, una vez que las demandas disminuyan por la consecuente disminución de los daños perpetrados y además de la no necesidad de ir a juicio muchas veces para obtener la tutela de su derecho, ya decidio en otro proceso, por medio de la institución de los daños punitivos.

Por lo expuesto, entendemos que la sustitución de la indemnización por una tutela específica se presenta como una verdadera tabla de salvación para la aplicación de la institución, que quedaría desprovista de eficacia ante la necesidad de fijación de una indemnización punitiva, por la dificultad en la falta de asertividad en la cuantificación del monto real del perjuicio causado.

Como ya apuntamos anteriormente, inclusive hay estudios realizados demostrando como la falta de previsibilidad en la fijación del quantum y la incapacidad de los jurados fijar una cuantía de forma eficiente, aliado a la demora procesal, afecta negativamente el efecto preventivo que la institución debería traer.<sup>685</sup>

La propuesta de este trabajo viene justamente a retirar la incertidumbre generada por la mala fijación de los valores a título de daños punitivos, albergando en su totalidad, siempre y cuando sea posible, los daños efectivamente perpetrados, así que trae una previsibilidad necesaria para fines de adopción del nivel ideal de cuidado, con la internalización de los costos de la conducta que ofendió bienes jurídicos ajenos.

### **3.3.3.3. Alcanza con más eficacia los objetivos de los daños punitivos. Genera una externalidad positiva más grande.**

---

<sup>684</sup> ROBREDO, Goretti Vadillo, *in Daños punitivos en el proceso civil Norteamericano*, Estudios de Deusto, Revista de la Universidad de Deusto, Segunda época, vol. 44/2, Desde su fundación vol. 57, Fasc.97, Julio-Diciembre 1996, Bilbao, p.187.

<sup>685</sup> ROBREDO, Goretti Vadillo, *in Daños punitivos en el proceso civil Norteamericano*, Estudios de Deusto, Revista de la Universidad de Deusto, Segunda época, vol. 44/2, Desde su fundación vol. 57, Fasc.97, Julio-Diciembre 1996, Bilbao, pp.187-188.



Como fue escrito en líneas anteriores, los daños punitivos visan, al final, desincentivar la reiteración de la conducta dañosa, sea por la adopción de un mayor nivel de cuidado por los productores y/o proveedores de productos y servicios, sea por la no actuación de forma ilícita, dolosamente. Por lo tanto, parte de la doctrina, por medio de un análisis económico, determina el cálculo de la indemnización de forma que internalice los daños causados. Es decir, se calcula el valor a ser pago tomándose por base el inverso de la probabilidad del ofensor de ser responsabilizado. Ya, otra parte, utiliza otras variables de difícil cuantificación, como la reprensibilidad de la conducta, la riqueza del ofensor, etc.

Aunque se adopte el criterio más objetivo, defendido por la teoría del análisis económico del derecho, se depara al juzgador con un cálculo difícil de perpetrarse, en vista de la dificultad en identificar a todos los lesionados y los daños efectivos a ser computados, una vez que las acciones sobre el mismo hecho pueden ya haber sido enjuiciadas y juzgadas, así como otras podrían estar en curso, bien como eventuales futuras acciones, que deben ser valoradas, una vez que las indemnizaciones pagas necesitan ser contabilizadas en el momento de la fijación de los daños punitivos.

Por consiguiente, en algunas hipótesis la utilización de la tutela específica puede llegar a solucionar de manera más efectiva la proliferación y reiteración de daños a los consumidores, con el fin que genere los incentivos correctos.

Aunque hablando del sistema colectivo de protección, que entendemos no fue suficiente para alcanzar la protección debida, es posible aplicar mutatis mutandis la doctrina de GASCÓN en apoyo a los daños punitivos y la medida sustitutiva. Señala el Profesor:

“Y es que –por seguir con el tópico– si únicamente se previera el ejercicio de acciones individuales, dirigidas a que cada consumidor o usuario tratara de salvaguardar su posición jurídica en caso de que se viera afectada por un hecho dañoso, se acabaría generando en la práctica una desprotección de éstos: la escasa relevancia económica del daño no compensaría los costes de un proceso, al que dejaría, por tanto, de acudir. Una generalización de esta «pasividad en la defensa jurisdiccional» podría acabar redundando, a la larga, en una situación de incumplimiento generalizado por parte de los profesionales de las normas de protección a los consumidores, ante la ausencia de reacción por parte de estos últimos”.<sup>686</sup>

---

686GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, in **Acciones Colectivas y Acciones Inhibitorias para la protección de los Consumidores en el Proceso Civil Español: El Papel de las Asociaciones de Consumidores**, Disopinble en [http://eprints.ucm.es/26650/1/2005\\_Acciones%20colectivas%20y%20acciones%20inhibitorias%20para%20la%20protección%20de%20los%20consumidores%20en%20el%20proceso%20civil%20español.pdf](http://eprints.ucm.es/26650/1/2005_Acciones%20colectivas%20y%20acciones%20inhibitorias%20para%20la%20protección%20de%20los%20consumidores%20en%20el%20proceso%20civil%20español.pdf), acceso en 28 de febrero de 2017

De hecho, dejar la protección a ser alcanzada en nivel individual sin poner la disposición de los daños punitivos y la medida sustitutiva acaba por no alcanzar el objetivo de disuasión de manera más efectiva, perjudicando el sistema de defensa del consumidor, que al final no alcanzaria la protección y cautela debida en el suministro y producción de productos y servicios.

Conforme los ejemplos que ya fueron anteriormente abordados, en la hipótesis de cobranza indebida de interés bancario a un portafolio de clientes, proceder a la reversión en cuenta de esos valores. Así, haya sido la conducta adoptada culposamente (error del sistema), o dolosamente, al proceder la devolución a todos los lesionados se crea un mayor incentivo para la mejora del sistema evitándose la reiteración dolosa, una vez que deja de ser benéfica económicamente la adopción de esta conducta.

Como vimos también, definiendo que para generar los incentivos debidos tal vez sea necesaria la fijación de una indemnización punitiva por encima del mayor valor cobrado, principalmente cuando genera un lucro igual al daño a ser pago, una vez que nada impediría la repetición del daño, si el máximo al que sería condenado sería el incremento patrimonial indebido que obtuvo.

No obstante, de todos modos, no se niega la propuesta presentada, una vez que dispensaría el cálculo del quantum indemnizatório a título de internalización de los costos, solamente admitiendo un plus a título de los daños punitivos, con el fin que genere el incentivo debido..

Otro ejemplo que utilizamos fue en la hipótesis de venta del carro con repuesto de calidad inferior o defectuoso. Más efectivo que calcular el daño e indemnizar punitivamente con base a todos los compradores de aquella flota de vehículos, es determinar la retirada y sustitución del repuesto de calidad inferior a la anunciada.

Como explica Lemos, en general la litigación ya genera una externalidad positiva, pues con la indemnización se hace que ocurra una internalización de los costes, con el aumento del cuidado. Por su vez, hay acciones judiciales que alcanzan todavía con más fuerza ese objetivo, pues tutelan directamente los derechos violados de terceros, como en la protección del medio ambiente. Doctrina la autora:

“Litigation often generates positive externalities that will be shared widely by all, or at least many, citizens. For instance, environmental suits can lead to cleaner air and

water; antitrust suits to more competition and lower prices; and civil rights suits to better police practice”.<sup>687</sup>

En relación a nuestra propuesta la externalidad es aún más fuerte pues atinge directamente los interesados, tutela sus derechos individualmente lesionados.

Concluyendo, observase que la sentencia que determina la indemnización punitiva se crearía una externalidad positiva para la sociedad, pues habría la internalización de los costes y con eso adopción de la cautela ideal, una vez que deja de ser ventaja la producción sin esos cuidados. De ese modo, gana la sociedad, que tendrá ahora productos fabricados con una cautela más grande, lo que generará menos daños.

Además, la sustitución de la indemnización por una tutela específica genera una externalidad que atinge directamente los lesionados, con la consecuente reparación del daño en face de las víctimas de la conducta ilícita.

Por lo expuesto, entendemos favorable la medida de modo a atingir con más eficacia la disuasión ideal. Igualmente, como veremos enseguida, acaba por aliviar el Poder Judicial, pues muchos que irían a juicio ya no necesitan, pues tienen sus pretensiones satisfechas con la medida específica.

#### **3.3.3.4. Evita la reiteración de las demandas repetitivas, descongestionando el judicial.**

Primeramente, es mister resaltar que una de las externalidades negativas de incentivar la litigación está relacionada con los costes para la sociedad con la utilización del sistema judicial. Aunque en parte se traten ya de costes hundidos, pues el sistema existe, y funciona, hay costes específicos de cada demanda, además de que con el incremento de lides la tendencia es que se haga necesario cada vez más invertir dinero en el aumento de sistemas informatizados, Cortes y jueces. Eso genera un coste social alto, así que muchos defienden la reducción de los incentivos para litigación. Como explica SHAVELL, “the legal system is a very expensive social institution”<sup>688</sup>.

---

<sup>687</sup> Lemos, Margaret H., in *Special Incentives to Sue*, Minnesota Law Review, Disponible en [http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5185&context=faculty\\_scholarship](http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5185&context=faculty_scholarship), acceso en 14 de janeiro de 2017.

<sup>688</sup>SHAVELL, Steven, in **The Fundamental Divergence Between the Private and the Social Motive to Use the Legal System**, Discussion Paper n. 206, 11-96, disponible en [http://www.law.harvard.edu/programs/olin\\_center/papers/pdf/Shavell\\_206.pdf](http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Shavell_206.pdf).

De ese modo, nuestra solución de sustituir la indemnización punitiva por una tutela específica es beneficiosa en ese aspecto, pues genera una externalidad positiva creando los incentivos para que la conducta no se repita, alcanzando la prevención ideal, además de reparar in natura de todo el daño causado, reduciendo el coste social de utilización del Poder Judicial.

Además, por no generar derecho a una indemnización por las lesiones causadas a terceros, genera otra externalidad positiva reduciendo, como veremos adelante, los incentivos para demandas sin razonamiento, o fraudulentas, con el objetivo de obtener un beneficio que no tiene derecho.

Como ya señalamos con antelación, aunque los costes sociales de la utilización del Poder Judicial sean altos, entendemos que incentivar la litigación del que sufrió una lesión al derecho es siempre beneficioso, solamente debiendo se combatir las demandas fraudulentas, pues lo que se debe evitar son los incentivos para la conducta dañosa. Es decir: lo ideal sería que la cautela necesaria fuera adoptada, reduciendo las lesiones. Pero habiendo daños, hay que estimular la litigación hasta que la tutela judicial provoque el incentivo necesario para la reducción de los daños y, consecuentemente, de las demandas judiciales.

Sin embargo, hasta que se llegue al equilibrio, lo número excesivos de demandas acaba por perjudicar los consumidores y jurisdicionados. De ese modo, como veremos, nuestra propuesta acaba por reducir las demandas, posibilitando que se alcance, de manera más efectiva el cuidado ideal en la producción de bienes y servicios.

O sea, reduce el incentivo al litigio sin reducir la protección a los lesionados y el incentivo para alcanzar la disuasión ideal.

De hecho, actualmente el exceso de litigios es un factor que preocupa el Poder Judicial. Uno de los grandes problemas que pasa el Poder Judicial en la actualidad es el exceso de demandas con relación al mismo ofensor. La reiteración de la conducta ilícita, en razón de la ausencia de incentivos para la adopción de la cautela ideal, principalmente en las sociedades de masa, hace que el Poder Judicial se vea sobrecargado de litigios, sin que se pueda dar una respuesta efectiva a los ciudadanos, ya que el tiempo es una de las facetas de la tutela judicial efectiva.

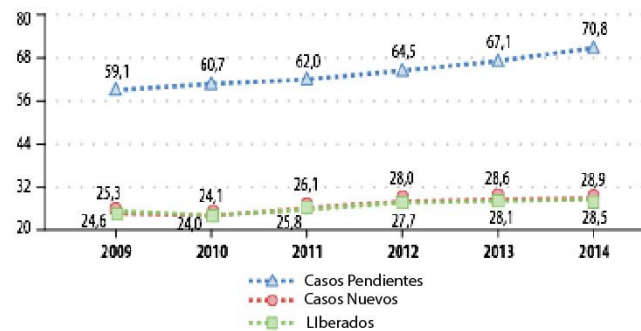
Según el informe del Consejo Nacional de Justicia,<sup>689</sup> el Poder Judicial Brasileño inició el año de 2014 con 70,8 millones de procesos en trámite.<sup>690691</sup>

---

<sup>689</sup> Doravante CNJ

<sup>690</sup> Informe de Justicia en números, 2015. Consejo Nacional de Justicia, p. 34. Disponible en <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>. Acesso em 12/10/2016.

Gráfico 3.14 Serie Histórica de flujos procesales



El gran número de demandas puestas en juicio, así como la falta de una tutela tempestiva, genera en los ofensores más estímulo para que no adopten el nivel de cuidado ideal, o evite la práctica de ilicitudes, ya que ocurre un descuento para el futuro, teniendo incentivos para la perpetración de la conducta dañosa, una vez que tiene beneficios al instante (in continenti), siendo que apenas podrá ser condenado a pagar por el daño causado después de un considerable lapso de tiempo.

La falta de celeridad judicial también acaba causando un descuento para el futuro frente a los consumidores lesionados, desincentivando el enjuiciamiento de las acciones, una vez que el eventual beneficio solamente sería alcanzado después de un largo debate judicial, teniendo este que costear recursos para el enjuiciamiento de la acción, lo que es maléfico *a priori* pues no crea los incentivos para la adopción de la cautela ideal. Lo mejor es un mecanismo que reduzca las demandas sin quitar el incentivo. Sin embargo, la realidad que se observa es que el número de demandas repetitivas es significativo, generando un asfixia en el poder judicial. Además, este desincentivo en la litigación, como dicho, también está acompañado de un desestímulo mayor por parte del ofensor en adoptar el cuidado ideal, pues además del descuento para el futuro, muchas víctimas dejan de litigar la protección del derecho violado en juicio, lo que lleva a un aumento de las lesiones y consecuentemente nuevas acciones.

Se trata, por tanto, de una ecuación que finalmente lleva inexorablemente al aumento de demandas frente al Poder Judicial, muchas de las cuales son derivadas del mismo autor del hecho, y en virtud de la misma conducta ilícita, que alcanzó un grupo de consumidores, indistintamente.

<sup>691</sup> Informe de Justicia en números, 2015. Consejo Nacional de Justicia, p. 34. Disponible en <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>. Acesso em 12/10/2016.

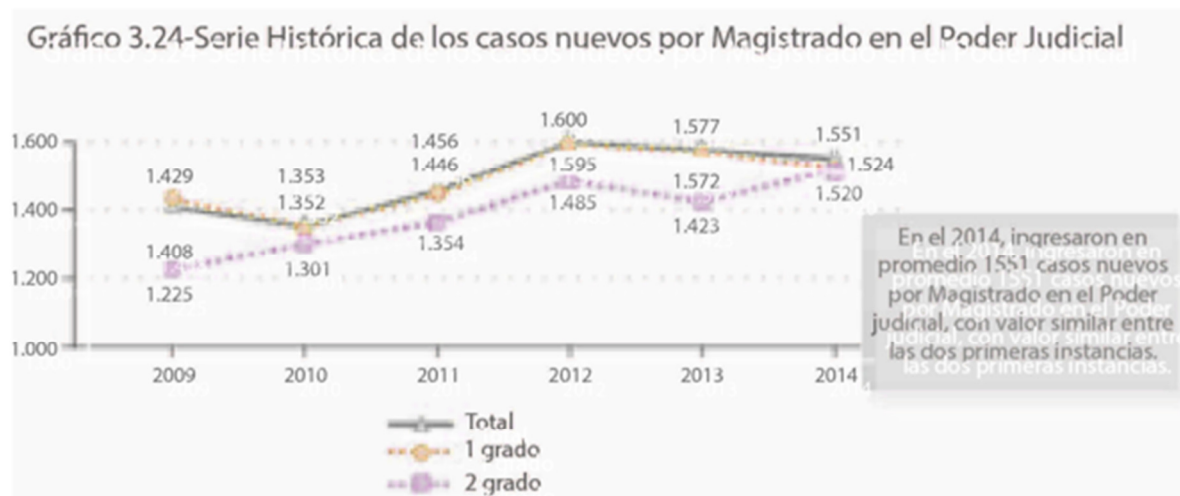
En ese sentido, el informe del CNJ, solamente en el 2014 ingresaron en promedio 1.551 casos nuevos por magistrado en el Poder Judicial:<sup>692</sup>

En lo que se refiere a los mayores litigantes en la Justicia brasileira, el informe del mismo órgano señaló, con relación a los Juzgados Especiales estatales, por ejemplo, que “los bancos y el sector de telefonía figuran como los sectores más litigantes de la Justicia Estatal, con, respectivamente, 14,7% y 8,3%”, entre el 1o de enero y el 31 de octubre de 2011.<sup>693</sup>

La demora en la prestación jurisdiccional hace con que no solo por el descuento para el futuro, pero también por fuerza del aumento patrimonial directo se encuentren los estímulos para la litigación, y ventajas en la morosidad judicial, ampliando el número de procesos en curso y postergando al máximo su finalización, con la interposición interminable de recursos.

Por lo tanto, se constata que la morosidad del poder judicial es usada de forma benéfica por proveedores, y también consumidores de productos y servicios. Como bien apunta el informe del CNJ, investigación realizada por la Pontificia Universidad Católica de Paraná (PUC/PR) indicó que en la hipótesis de contratos de enajenación fiduciaria de garantía (prenda), una de las causas que estimulan la morosidad y aumento del número de acciones serían los beneficios directos en la judicialización del litigio, postergando la resolución de la demanda, una vez que el propietario fiduciario obtiene beneficios tributarios, y el consumidor también encuentra ventaja en la demora, pues permanece con la posesión del bien.<sup>694</sup>

<sup>692</sup> Informe de Justicia en números, 2015. Consejo Nacional de Justicia, p. 39. Disponible en <http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco/es/pj-justica-em-numeros>. Acesso em 12/10/2016.



<sup>693</sup> Informe CNJ 100 mayores litigantes, p. 12. Disponible en [http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf). Acesso em 13/10/2016.

<sup>694</sup> Informe CNJ 2011, Demandas repetitivas e a morosidade na Justiça Cível Brasileira, disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/f7b1f72a0d31cc1724647c9147c4b66b.pdf>, pp. 10-11, visitado 13/10/2016.

Sin embargo, en la investigación realizada por la PUCRS, queda claro que la motivación que induce al enjuiciamiento de acciones por los consumidores en su mayoría se refieren a la violación de un derecho. Consta en el informe:

“Hay una percepción sobre la lesión de algún derecho como motivación importante para accionar el Judicial, que pasa a todos los grupos de entrevistados. 70% de las personas físicas, 49% de los abogados, 41% de los jueces y 31% de las personas jurídicas entrevistados mencionaron la lesión de algún derecho como motivación. Esos derechos pueden ser un daño material, o incumplimiento del contrato, o un daño moral. No consiguiendo otra solución, en especial a través de la interlocución directa, tienen en el Judicial un recurso para obligar a la otra parte a reconocer y cumplir sus obligaciones o reparar los daños causados”.<sup>695</sup>

Parte del informe del CNJ, sin embargo, intercede por problemas con la apertura del acceso al judicial como causa de la gran cantidad de litigios. Como ya afirmamos, del modo que vemos, el acceso a la justicia debe ser lo más amplio posible, para que la satisfacción del derecho material sea buscada en juicio de forma plena. En otras palabras, no hay como invertir la lógica y colocar la culpa de la morosidad y explosión de litigaciones en la apertura y creación de medios más fáciles para el acceso a la justicia, no obstante sin evitar justamente el surgimiento de esas disputas, que llegan consecuentemente a desembocar en el judicial.

En realidad, se debe pensar en la facilitación del acceso a la justicia como la concretización plena del principio grabado en el art. 5º, XXXV de la CFB y 24-1 de la CRE. De hecho, conforme los datos proporcionados anteriormente, la motivación principal para litigar reside en la violación alegada al derecho. La facilidad del ingreso a juicio es una medida saludable, pues visa finalmente a ofrecer los medios necesarios para la protección, de forma efectiva, del derecho material violado.

Por cierto que de alguna manera influyen desfavorablemente pues dan incentivos a que demandas fraudulentas sean enjuiciadas, pero lo que se debe buscar son mecanismos propios para evitar ese tipo de acción. Además, nuestra propuesta, como afirmamos, es beneficiosa para evitar ese tipo de demanda.

---

<sup>695</sup> PUCRS. Demandas judiciais e morosidade da justiça civil. EDITAL CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA O1/2009 Área Temática: Diagnóstico sobre as causas do progressivo aumento das demandas judiciais cíveis no Brasil, em especial das demandas repetitivas, bem como da morosidade da justiça civil. POA, 2001, pp.67-68. Disponível em [http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat\\_pesquisa\\_pucrs\\_edital1\\_2009.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_pucrs_edital1_2009.pdf), visitado 13/10/2016.

De hecho, existen distorsiones, pero no aptas a justificar una eventual reforma para dificultar el acceso. Tal vez medidas endoprocesales, como multas por demandas de mala fe, serían viables para estancar los eventuales desvíos en la utilización del Poder Judicial. No se debe dificultar el acceso, pero sí punir con más gravedad aquellos que utilizan el Poder Judicial con fines ilegales, como postergar el pago de una deuda, o hasta intentar obtener un derecho que no posee.

Sin embargo, muchas ofensas a los derechos siguen sin protección, pues la abertura ofrecida no fue suficiente para que se tutelara toda y cualquier lesión.<sup>696</sup> Además, como vimos, aunque una ventaja la abertura, lo que sigue ocurriendo son lesiones de masa que terminan en el asoberbamiento del Poder Judicial, que perjudica al final los propios lesionados.

Lo que se observa es que los mecanismos puestos a disposición de la sociedad para tutela de este tipo de daño, los procesos colectivos, que deberían sustituir las demandas individuales que se repiten sobre una misma ofensa no han dado la respuesta necesaria, no siendo capaces hasta el momento de tutelar efectivamente esos derechos, subsistiendo aunque en nuestro ordenamiento jurídico gran cantidad de demandas enjuiciadas sobre un mismo hecho, la proliferación de acciones sobre un mismo tema.

Esclarece con mucha propiedad MORAES la importancia de una mejor eficiencia del sistema, que no se ve solucionada por los mecanismos existentes. Explica que “la necesidad de los procesos colectivos se basa en la existencia de un mecanismo adecuado que realice el derecho material en un plazo razonable y con justicia, no obstante, aun existiendo en Brasil ese sistema propio para los procesos colectivos, persisten las demandas repetitivas o de masa, que sobrecargan los tribunales”. y Sigue afirmando que “las demandas colectivas no han conseguido resolver todos esos casos. Muchos de los problemas de masa son solucionados individualmente, en cada una de las millares de demandas propuestas sobre un mismo tema.”<sup>697</sup>

El informe de la PUC/PR igualmente reconoce esa deficiencia, apuntando como soluciones posibles la especialización de algunas jurisdicciones, “realización de audiencias públicas con el fin de definir los criterios generales para la posterior implementación en los procesos individuales; utilización de técnicas de procesamiento por lotes; padronización serial

---

<sup>696</sup> Lesiones de poco monto, por ejemplo.

<sup>697</sup> MORAES, Vânia Cardoso André de, in Demandas Repetitivas decorrentes de ações ou omissões da administração pública: Hipóteses de soluções e a necessidade de um direito processual público fundamentado na Constituição, in *Séries Monografias do CEJ*, v. 14, Brasília-DF, jul./dez. 2012, p. 73 e 78.



de procedimientos y pautas temáticas en los tribunales, visando mejor comunicación de los actos procesales y la organización de fechas del juicio y de operativos de conciliación”.

Observo que son medidas loables, que deben ser implementadas en la búsqueda de una mejor agilidad en los juicios, pero que hasta el momento presente no han sido suficientes para la mejoría del sistema judicial brasileño.

Como bien apunta BEZERRA, “...con frecuencia, el usuario del sistema de Justicia, especialmente el que aparece como parte de millares de procesos, actúa exactamente para no recibir un servicio público jurisdiccional de calidad; todo lo que el quiere es prolongar excesivamente el trámite del proceso, en detrimento de la eficacia de la actividad de los jueces”.<sup>698</sup>

De hecho, la tendencia es que estas medidas procesales puedan traer algún beneficio, pero sin solucionar la cuestión a largo plazo. Sería lo que en el lenguaje común se dice como realizar acciones calmantes que no alcanzan plenamente el objetivo.

En un estudio elaborado por PRIEST observase que este tema es de gran relevancia también en Estados Unidos. Las reformas llevadas a cabo ahí incluyeron mudanzas en la administración de la justicia; en leyes substantivas, así como procesales, y un aumento del Poder Judicial con el aumento de los jueces en las Cortes. Por lo tanto, buscó una solución para el problema atacando múltiples aspectos que podrían influenciar la efectividad de la justicia.<sup>699</sup>

Analizando la cuestión la Corte de Chicago, estableció que: “In the years following 1959, reducing congestion in Chicago became an obsession for the state's judicial administrators. The principal theme of each of the twenty Annual Reports of the state's chief Court Administrator, .1959-79, was the delay problem in Chicago and the efforts of the preceding year to solve it. Administrators from year to year described the long duration from suit to trial of the average civil jury case as "distressing, ' 66 "deplorable, ' 67 "a critical problem"; 68 the backlog it created was "a millstone around the neck of the courts.' '69 In 1959, the Court Administrator warned, "It seems probable, if not certain, that extraordinary methods will have to be adopted to dispose of a truly extraordinary burden." 70 As we shall see, despite the nearly-annual introduction of new reform measures, the problem of delay did

---

<sup>698</sup> BEZERRA, André Augusto Salvador, in *Explosão da litigiosidade e dano social em ações individuais*. As demandas repetitivas e os grandes litigantes: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro. Coord. Vânia Cardoso André de Moraes, Coleção Selo ENFAM, p.235

<sup>699</sup> Priest, G. (1989). Private Litigants and the Court Congestion Problem. Boston University Law Review 69, 527-559, p. 545-547.

not disappear. Subsection 1 below reviews the efforts to reduce delay; Subsection 2 attempts to measure their effects”.<sup>700</sup>

En Brasil, como vimos, igualmente el problema persiste, según el informe del CNJ, “Como históricamente (...) la entrada de procesos es superior a la salida, la tendencia es de crecimiento del acervo. Además, a pesar del aumento del 12,5% en el total de procesos liberados en el período 2009-2014, los casos nuevos crecieron en 17,2%, hecho que contribuye para acumular las existencias de procesos”.<sup>701</sup>

Apunta el relatório supra que “...si los actuales niveles de litigios ya causan una elevada carga de congestionamiento en el Poder Judicial, estos datos demuestran que puede haber una demanda latente bastante significativa por servicios del Poder Judicial, con perspectivas de aumento en el futuro. Por consiguiente, es necesario que el Judicial se prepare para enfrentar la situación, con el riesgo de enfrentarse a un cuadro de congestionamiento del sistema judicial aún más grave del presente”.<sup>702</sup>

Nuestra propuesta intenta encarar el problema por otro enfoque. No busca adaptar el sistema judicial al creciente número de demandas, es decir, atacar el problema siempre que judicializada individualmente la cuestión, que en nuestro punto de vista sería una solución provisional, sin embargo no resolvería el problema. La propuesta por su vez parte de la aplicación en un proceso judicial, pero intenta solucionar otras demandas aún no submetidas a juicio, así como evitar que los daños se repitan, creando el incentivo ideal para que se evite la conducta ilícita o se adopte en nivel ideal de cuidado.

La opción presentada en este trabajo, de ese modo, pretende traer una mejora al sistema jurídico como un todo, y a la sociedad, por medio de la creación del estímulo necesario para evitar la perpetración y repetición de los daños a los consumidores, o incluso solucionar el litigio ya ocurrido, pero aún no sometido a juicio.

Proponemos un cambio en la interpretación de la ley de manera a alcanzar igualmente una mejor eficiencia, lo que podría ser comparada a una modificación en normas substantivas y procesales, pero sin necesidad de cambios legislativos, pues ya autorizado por el sistema jurídico.

---

<sup>700</sup> Priest, G. (1989). Private Litigants and the Court Congestion Problem. Boston University Law Review 69, 527-559, p. 544.

<sup>701</sup> Relatório Justiça em números, 2015. Conselho Nacional de Justiça, p. 34. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>. Acesso em 12/10/2016.

<sup>702</sup> Relatório CNJ 2011, Demandas repetitivas e a morosidade na Justiça Cível Brasileira, disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/f7b1f72a0d31cc1724647c9147c4b66b.pdf>, p. 20, visitado 13/10/2016.

Hay que se observar que esa nueva interpretación es una herramienta necesaria para combatir los problemas causados por el gran número de procesos judiciales en curso, y conseguir de forma más efectiva la adopción de una mejor precaución por parte de los proveedores de productos y servicios.

De hecho, hay que cambiar los incentivos de modo que no haya ventaja en incumplir los contratos o no adoptar el nivel de cautela ideal, generando más lides.

De ese modo, la posibilidad de fijación de daños punitivos, y más concretamente su sustitución por una tutela específica alcanzaría el objetivo del sistema de responsabilidad civil y del proceso, favoreciendo todavía el sistema judicial, ya que repararía in natura el daño perpetrado frente a terceros, sin que este tuviera que recurrir a juicio, por lo que retiraría de este el interés en litigar, y haría que el ofensor internalizara los costos de su conducta, creando los incentivos para que esta no se repita, lo que llevaría a una disminución de las lesiones en el futuro, y de demandas judicializables.

Esa visión no es del todo desconocida por la sociedad. Esta igualmente busca por medio de la satisfacción de su pretensión crear los incentivos para que la conducta no se repita.

En el informe de la PUCRS, por ejemplo, en entrevista realizada con demandantes personas físicas, que enjuician procesos para tutela de sus derechos, quedó consignado que “los usuarios directos no raro asocian a menudo esa medida a una intención que se podría denominar pedagógica, para que el ofensor aprenda que no debería portarse así”, y que “Pasan las charlas de los entrevistados o deseo de buscar una reparación, asociado a la idea que no quierem ver que el problema se repita para otros”.<sup>703</sup>

Lo que pasa es que como muchos derechos quedan sin protección, el efecto perseguido no es lo mismo que por medio de la medida que proponemos.

A su vez, el Informe de la PUCRS también reconoce esa limitación y se inclina favorablemente a la vinculación de la decisión pronunciada en el proceso de demanda repetitiva, de modo que alcance los demás lesionados. Dentro de las propuestas, se ha mencionado la posibilidad de “aumentar la agilidad de los Tribunales en cuanto a la definición de competencia de los órganos judiciales cuando se constata que está iniciando un flujo de demandas repetitivas. En estos casos, desde luego se deberían establecer jueces

---

<sup>703</sup> PUCRS. Demandas judiciais e morosidade da justiça civil. EDITAL CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA O1/2009 Área Temática: Diagnóstico sobre as causas do progressivo aumento das demandas judiciais cíveis no Brasil, em especial das demandas repetitivas, bem como da morosidade da justiça civil. POA, 2001, p.68. Disponible en [http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat\\_pesquisa\\_pucrs\\_edital1\\_2009.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_pucrs_edital1_2009.pdf), visitado 13/10/2016.

específicos para tales casos, de modo que eviten la proliferación de decisiones diferentes, que generaron más procesos. En casos que las demandas sean procedentes, automáticamente se crear algún mecanismo de acción colectiva, con efecto vinculante a todos los demás casos".

704

Por lo tanto, la propuesta presentada tiene como objetivo combatir uno de los problemas principales de la jurisdicción brasileña, una vez que las soluciones existentes no se presentan eficaces pues no consiguen resolver el problema estructural, permaneciendo las decisiones pulverizadas, que no resuelven las demandas materiales y procesales. En ese sentido, apunta CLEMENTINO que, por regla general esas demandas "visan solucionar un litigio individual, pero no consiguen, por razones procedimentales, alcanzar el objetivo de un conflicto frecuentemente estructural, permitiendo que este continúe reproduciendo nuevos conflictos y retroalimentando nuevas demandas".<sup>705</sup>

Consta en el informe del CNJ que "tanto la FGV como la PUC-PR identificaron las cuestiones consumistas relacionadas a instituciones financieras como uno de los principales focos de demandas de masa en la justicia brasileira". "La investigación de la PUC/PR realizó una investigación de campo en varias capitales y levantó que la mayoría de los procesos civiles en los grandes centros envuelve: búsquedas y aprehensiones consecuentes de la falta de pago por arrendamientos mercantiles o ventas fiduciarias de automóviles; revisiones contractuales en lo referente a intereses de créditos derechos al consumidor y otras formas de mutuo; cobranzas consecuentes de falta de pago en créditos resultantes directamente de nómina, así como discusiones de estos cargos; y, por fin, discusiones relativas a cobranzas y revisiones de los criterios de esas cobranzas en lo que se refiere a tarjetas de crédito". Investigaciones de opinión también apuntan en ese sentido. Levantamiento realizado en siete Estados entre octubre y diciembre del año pasado apuntó que el 25% de las 1570 personas entrevistadas manifestaron haber sufrido cobranzas indebidamente consecuentes de relaciones de consumo.<sup>706</sup>

---

<sup>704</sup> PUCRS. Demandas judiciais e morosidade da justiça civil. EDITAL CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA O1/2009 Área Temática: Diagnóstico sobre as causas do progressivo aumento das demandas judiciais cíveis no Brasil, em especial das demandas repetitivas, bem como da morosidade da justiça civil. POA, 2001, p.193. Disponible en [http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat\\_pesquisa\\_pucrs\\_edital1\\_2009.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_pucrs_edital1_2009.pdf), visitado 13/10/2016.

<sup>705</sup> CLEMENTINO, Marcos Bruno Miranda, in *As demandas repetitivas de direito público e o princípio da procedimentalização da isonomia*. As demandas repetitivas e os grandes litigantes: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro. Coord. Vânia Cardoso André de Moraes, Coleção Selo ENFAM, p. 34.

<sup>706</sup> Relatório CNJ 2011, Demandas repetitivas e a morosidade na Justiça Cível Brasileira, disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/f7b1f72a0d31cc1724647c9147c4b66b.pdf>, pp. 23-24, visitado 13/10/2016.

En ese sentido, principalmente en el área consumista, sería de gran valor la aplicación de la tesis propuesta, para la reducción de los litigios y del número de procesos en curso, una vez que las lesiones de masa llevan a la reiteración de acciones, muchas veces ofertadas de forma idéntica contra la misma empresa, por vicios presentados en el producto o servicio consumido.

En realidad, entre las causas en donde se encuentran más litigios está el área consumista, responsable por ser el tercer ámbito más demandado en juicio, respondiendo por 4,01% de los procesos en curso, siendo aun el primer puesto en los órganos revisores de decisión y Juzgados Especiales:<sup>707</sup>

|   |           |        |
|---|-----------|--------|
| <b>Gráfico 35 - Autos más demandados en el Poder Judicial</b>                           |           |        |
| 1. DERECHO DEL TRABAJO - Rescisión del Contrato de trabajo/indemnizaciones rescisorias. | 5.281.354 | 10,39% |
| 2. DERECHO CIVIL - Obligaciones/ Especies de contratos                                  | 2.827.291 | 5,56%  |
| 3. DERECHO DEL CONSUMIDOR - Responsabilidad del proveedor/indemnización por daño moral  | 2.039.285 | 4,01%  |
| <b>Gráfico 36 - Autos más demandados en Grupos de Apelación</b>                         |           |        |
| 1. DERECHO DEL CONSUMIDOR - Responsabilidad del proveedor/indemnización por daño moral  | 130.640   | 9,56%  |
| <b>Gráfico 37 - Autos más demandados en Jeces Especiales</b>                            |           |        |
| 1. DERECHO DEL CONSUMIDOR - Responsabilidad del proveedor/indemnización por daño moral  | 1.033.762 | 12,39% |

Por otra parte, es necesario señalar que la búsqueda por la productividad, tratando de eliminar el problema del aumento de demandas ya judicializadas, acaba de alguna forma por comprometer la calidad de los servicios judiciales prestados. Es un hecho notorio que los órganos revisores de decisión en la Justicia Federal brasilera logran juzgar por sesión más de 1.000 procesos, lo que es incompatible con la buena prestación jurisdiccional, siendo tal medida adoptada por los magistrados en la tentativa de bajar el acervo y dar solución a los procesos en trámite en la jurisdicción, así como atender las metas establecidas por el CNJ, dejando de lado la calidad en la prestación jurisdiccional.

De ese modo, la aplicación de la medida propuesta igualmente eliminaría esa cuestión, pues la solución decurriría de una decisión en un proceso individual, evitando que otros lesionados fueron a juicio, pues ya satisfecho su derecho, sin implicar una baja calidad de la prestación jurisdiccional.

Sin embargo, hay quien entienda que habría un equilibrio de retraso en el sistema judicial, y que ninguna mudanza alcanzaria el objetivo de una eficiencia más grande. Ese es el entendimiento de PRIEST, que apunta que siempre habría el mismo equilibrio de retraso, una vez que con una eficiencia más grande del sistema habría la reducción de los costes lo que

<sup>707</sup> Relatório Justiça em números, 2015. Conselho Nacional de Justiça, p. 52. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>. Acesso em 12/10/2016.

generaría un aumento del número de acciones judiciales, atingiendo la ineficiencia del sistema, al final.

Explica MILLER que “If, on the other hand, reforms are implemented to improve the disposition of cases, the effective stakes of litigation will be increased. Marginal cases will become economically viable and will flood into the system, increasing the backlog until the former level of delay is restored. Thus, although reform measures and other exogenous shocks- such as sudden changes in liability rules-can upset the equilibrium, the effect of such changes is likely to be temporary; over time, economic forces will drive the litigation rate-and the backlog-to its original level of delay”.<sup>708</sup>

En ese sentido doctrina PRIEST, afirmando que “as litigation delay declines from the equilibrium, fewer cases settle (because expected judgments become higher), more cases proceed to trial, and court congestion increases back toward the equilibrium level. Conversely, as court congestion increases, more cases settle (because expected judgments become lower), and court congestion declines toward the equilibrium again”.<sup>709</sup>

Sin embargo entiendo que aunque en un primer momento la eficiencia más grande genere un aumento de las demandas, pues hubo la reducción de los costes directos y indirectos(con la eficiencia las acciones judiciales son decididas más rápidamente, lo que hace con que más personas puedan ingresar en juicio para la tutela de su derecho, esperar el tiempo del proceso, etc), al final lo que ocurrirá será una reducción de las lesiones en general, por una adopción de una cautela más grande, que repercutirá en favorablemente en el sistema jurídico, con la reducción de las lesiones.

Incluso en el estudio de PRIEST señala MILLER que algunas medidas adoptadas han desdicho lo que él había afirmado sobre el equilibrio, lo que lleva a la conclusión que sí es posible que haya más eficiencia en la justicia y reducción del tiempo del proceso, como cuando se adopta la política de aumento de jueces. Aclara el doctrinario que “Priest's findings about increases in the number of judges tend to disconfirm the strong form of the equilibrium

---

<sup>708</sup> MILLER, Geoffrey P., *in Some thoughts on the equilibrium hypothesis*, 69 B.U. L. Rev. 561 1989, p. 561. Eso podría traer un efecto de aumentar el número de composiciones extrajudiciales del litigio, pues con el posible retraso de la decisión habría un descuento para el futuro como la reducción del valor del derecho perseguido. Sin embargo, la materia no es pacífica: Explica MILLER: “The longer the delay, the lower the plaintiff's expected return and, therefore, the lower the plaintiff's minimum settlement demand. Eventually, the plaintiff's minimum demand falls below the defendant's maximum offer and settlement occurs where it would not have occurred absent the delay. This reasoning is fallacious because it ignores the impact of delay on the defendant's incentives. While it is true that the plaintiff's minimum demand will fall as delay increases, the defendant's maximum offer will fall as well. Thus, the mere fact that plaintiffs will tend to lower their minimum demands as a result of delay does not imply that the probability of settlement will increase”. MILLER, idem, ibidem, p.561

<sup>709</sup> Priest, G. (1989). Private Litigants and the Court Congestion Problem. Boston University Law Review 69, 527-559, p. 535.

hypothesis-which predicts that more judges would have no long-range effect on the backlog: increases in the size of the judiciary caused a statistically significant reduction in the backlog”.<sup>710</sup>

De ese modo, hay razones para creer en la importancia de la adopción de la medida propuesta de manera a reducir las demandas, así como mejorar la disuasión, con la reducción del tiempo del proceso, incumplimiento de contratos, dentre otras cuestiones.

### **3.3.3.5. Preserva el derecho a la igualdad.**

Como vimos líneas arriba, en decisión el Tribunal Constitucional Español afirmó el principio de la igualdad como corolario del principio de la tutela judicial efectiva, debiendo evitarse al máximo decisiones contradictorias sobre el mismo hecho, a fin que preserve esos derechos.

El Tribunal Constitucional Español decidió en la sentencia del STC 16/2008, de 31 de enero, FJ2o que: “Como se recuerda, entre otras, en la STC 34/2003, de 25 de febrero, FJ4, este Tribunal ha señalado en diversas ocasiones que la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulten que unos mismos hechos ocurrieron o no ocurrieron(...)vulneraría, asimismo, el derecho a una tutela judicial efectiva que reconoce el art. 24, I CE...”.<sup>711</sup>

Por lo tanto, se plantea la posibilidad de sustitución de los daños punitivos por una tutela específica como medida que preservaría de manera más apropiada los principios de la tutela judicial efectiva y de la igualdad. Al admitirse que la decisión judicial determina una tutela unánime frente a los lesionados, generalmente por medio de una obligación de hacer o de no hacer (sin embargo admitiéndose, inclusive, a pagar, en el momento de la determinación de restituir la cuantía cobrada indebidamente), de forma que repare el daño social causado, internalizando los costos de la conducta ilícita, se preserva de modo más preciso el principio de la isonomía.

En efecto, la jurisdicción debe ofertar a quien tiene derecho, todo lo que tiene en el menor espacio de tiempo posible. Tratar de formar diferentes situaciones jurídicas semejantes acaba por violar ese principio, ya que sin duda algunas designaciones judiciales

---

<sup>710</sup> MILLER, Geoffrey P., *in Some thoughts on the equilibrium hypothesis*, 69 B.U. L. Rev. 561 1989, p. 567

<sup>711</sup> MORAES, Vânia Cardoso André de, *in Demandas Repetitivas decorrentes de ações ou omissões da administração pública: Hipóteses de soluções e a necessidade de um direito processual público fundamentado na Constituição*, in *Séries Monografias do CEJ*, v. 14, Brasília-DF, jul./dez. 2012, p. 56.

transgredieron el derecho al decidir de forma errónea sobre la relación jurídica puesta en juicio.

La simplificación de la demanda por medio de la tutela específica trae la posibilidad de evitar esas disparidades de juicios, enfrentándose la materia de forma unánime, y otorgando el derecho, a quien tiene razón, de forma más precisa.

Por cierto que eventual decisión de improcedencia no vincularía terceros ausentes. Así, seguramente esta opción jurídica no implica extinguir las ocasionales discrepancias en decisiones judiciales, principalmente cuando la demanda ha sido juzgada improcedente, con proposiciones de otras por los demás lesionados. Pero sin duda disminuye la posible desigualdad que se podría cometer.

Lo que se defiende, en la hipótesis, es la posibilidad de alcanzarse indirectamente los lesionados por medio de la sustitución de los daños punitivos por una tutela específica.

No hay que alegar aquí la eventual violación al principio de la igualdad por causa del acusado que puede ser demandado diversas veces, siempre siendo posible litigar los daños punitivos. En primer lugar, puesto que además se tratara de fijación de daños punitivos indemnizatorios, sin sustitución por una tutela específica, no se vislumbran críticas a este hecho, siendo admitido litigar la indemnización punitiva en acciones autónomas, apenas debiendo, desde mi punto de vista, ser estas valoradas en el momento de la fijación de la indemnización, para que al acusado no le sea imputada una carga exageradamente mayor al daño social efectivamente perpetrado.

Es decir, no hay razón alguna para tratar de modo diverso la aplicación de la tutela específica en sustitución a los daños punitivos y la aplicación pura y simple de la indemnización punitiva, recayendo ambos en las mismas reglas y limitaciones, que en lo que respecta a la reiteración de pleitos, es inexistente.

En segundo lugar, y aquí la cuestión atinge tanto los daños punitivos indemnizatorios como la tutela substitutiva, puesto que incluso se tratan de medidas diferentes, existen también positivadas en los ordenamientos jurídicos la posibilidad de reiteración de acciones, sin que se considere la formación de cosa juzgada frente a las partes que no litigaron. En la hipótesis, se hace imperioso valorar la acción civil pública para la defensa de intereses individuales homogéneos, que de alguna forma se asemejan a esta



institución, una vez que también objetivan el pago por el autor del hecho de todo el daño causado. 712

Se tratan de instituciones diversas, que se asemejan en algunos objetivos, como el de permitir la internalización de los costos por la parte ofensora, con el pago de todo el daño causado, sin que se pueda alegar cualquier vicio de constitucionalidad o procesal.

Por lo tanto, conforme se desprende de los artículos del Código de Defensa del Consumidor brasileño, no implica cosa juzgada el juicio de improcedencia de la acción civil pública para defensa de intereses individuales homogéneos para aquellos que no intervinieron en la acción como colitigantes. Pero se benefician en caso de procedencia de la acción colectiva, para aquellos que no litigaron individualmente.

Lo que se podría considerar sería una eventual reunión de las acciones colectivas e individuales, estas últimas, aunque no acompañadas de pleitos de naturaleza punitiva, con el objetivo de evitarse juicios diferentes relativamente a acciones conexas.

De la misma manera, no hay ninguna razón para alegar una lesión al principio de la igualdad cuando ha sido juzgado improcedente un pedido de indemnización por daños punitivos y la tutela específica, fuera el caso reiterado en otra acción individual.

En España es un poco diverso, pero igualmente si optaron por no participar de la acción colectiva no son afectados por la decisión, pero aquí sea de procedencia o de improcedencia. Solamente se benefician o son atendidos por la cosa juzgada desfavorable cuando no piden su exclusión del proceso. De hecho, esa cuestión se hace más tormentosa en el Derecho Español, en razón de la necesidad del opt out de la parte, so pena de ser alcanzada por la cosa juzgada de la acción colectiva

Pero aquí dos cuestiones surgen. Una defendida por algunos doctrinarios que en España igualmente habría la cosa juzgada *secundum eventus litis*. es decir: la cosa juzgada de la acción colectiva solo atingía los lesionados en caso de procedencia. Así, se aplicaría el mismo razonamiento del Derecho brasileño.

---

<sup>712</sup> Art. 103. En las ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:(...) III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

Otro punto que defienden algunos doctrinarios dice respecto a la posibilidad de aunque no tenga se auto excluido del proceso coletivo poder enjuiciar su demanda, si probar que no fue cientificada de hecho de la acción colectiva.

Explica ARMENTA DEU: “Las desventajas del sistema de opt-out se centran también en dos aspectos:(...) en segundo lugar, en el reproche hacia la posible ineficacia del mecanismo de notificación de la interposición de la demanda colectiva, lo que obliga a aceptar mecanismos correctores como podría ser la posibilidad de exclusión aun después de haberse dictado la resolución, o permitir que se interpongan acciones individuales”.<sup>713</sup>

De todos los modos, la aplicación de la teoría de los daños punitivos no tiene esta restricción, una vez que se admite la repetición del pedido en acciones individuales, aunque negada la petición en acción anterior. En ese sentido, entiendo que con relación a la sustitución por una tutela específica sigue el mismo razonamiento que cuando se pide solo la indemnización. Por lo tanto, no vincula la decisión a que otros ofendidos vayan a juicio buscar su protección.

De hecho, siendo juzgado improcedente el pleito formulado, con o sin pedido de fijación de los daños punitivos y la sustitución por la tutela específica, a los demás lesionados les estarían garantizando la posibilidad de formulación de pleito autónomo.

Y lo que podría ocurrir sería el fallo de improcedencia de todos los pedidos formulados (dado el daño inexistente, por ejemplo), la procedencia de todos, (siendo innecesario el enjuiciamiento de acciones autónomas en virtud de la tutela específica a ser concedida por medio de daños punitivos), o la sentencia de improcedencia de algunos y procedencia de otros (cuando el daño punitivo fuera concedido en un momento posterior, por ejemplo). Alegar que esta última hipótesis lesiona el derecho a la igualdad es ignorar lo que se está combatiendo en verdad es la desigualdad que impera, con el juicio de diferentes demandas idénticas, que deberían tener la misma consecuencia jurídica.

Por otra parte, cualquier acción propuesta posteriormente respetaría la cosa juzgada desfavorable pronunciada en un fallo individual, no sirviendo para beneficiar aquél que litigó y tuvo en contra una decisión negativa.

No hay limitación para litigar daños punitivos, pero como defienden algunos, en su cuantificación se deben valorar eventuales indemnizaciones individuales y punitivas ya

fijadas, de modo que alcancen la disuasión ideal y no incidir en disuasión excesiva, de modo que el ofensor pague por el daño aun no internalizado.

Igualmente, en la hipótesis de tutela específica, aquellos que ya obtuvieron la decisión, favorable o no, no serán beneficiados con la medida específica. De ese modo, la disuasión ideal es alcanzada. Es decir, se utiliza la misma sistemática para la fijación de daños punitivos indemnizatorios, o por medio de una tutela específica.

Eventual acción de improcedencia anterior entra en la cuenta para fines de no fijar daños punitivos valorándose aquella demanda específica, o aplicación de tutela específica en su favor, lesionando la cosa juzgada. En la hipótesis de procedencia anterior, entra en el cálculo de los daños indemnizatorios el quantum percibido a título de compensación y fijado a título de punitivos, para que no haya una disuasión excesiva. Del mismo modo, la decisión de tutela específica favorable solamente alcanza a los demás que no fueron acogidos por la medida.

Y para fines de preservar el derecho a la igualdad, la decisión de tutela específica alcanza de manera más precisa ese principio, una vez que al ser procedente la demanda todos los lesionados son beneficiados.

Lo que estos mecanismos procesales traen son la posibilidad no de violar el principio de igualdad, pero tratan es de alcanzarlo, por tres enfoques. El primero, pues objetivan la adecuación del sistema jurídico a la realidad de las demandas procedentes de lesiones de masa, en las que en virtud de la superioridad técnica y social de los ofensores, consiguen alcanzar una gama de personas, lesionando en serie, sin que se obtenga efectividad en la protección de estos titulares de los derechos violados, muchas veces partes hiposuficientes técnica y económicamente. En ese sentido, se plantean procedimientos y medidas, nuevas interpretaciones de las normas jurídicas, capaces de hacer valer el derecho material frente a la fuerza técnica, económica y política de aquellos que, por medio de sus actividades, en el suministro de productos y/o servicios, no adoptan el nivel de cautela ideal o perpetran actividades ilícitas frente a los consumidores de productos y/o servicios, obteniendo un lucro indebidamente.

El segundo, pues como apuntamos arriba, la tendencia es que una solución positiva sea aplicada indistintamente a todos los lesionados, por medio de una tutela

específica, y de forma unánime, lo que hace que reciban como regla general, la misma prestación, todos aquellos que estuvieran en el mismo tipo de relación de derecho material.

Y señala en ese sentido la propuesta presentada en el Informe de la PUCRS, una vez que apenas siendo procedente la acción alcanzaría favorablemente a terceros que se encontrasen en la misma situación de hecho. Como vimos, consta en el Informe que en el caso de demandas repetitivas procedentes, “automáticamente será creado algún mecanismo de acción colectiva, con efecto vinculante a todos los demás casos”.<sup>714</sup>

Además, si se adopta ese posicionamiento traería un resultado positivo en la reducción de las demandas, dado que la experiencia demuestra que gran parte de las acciones enjuiciadas frente a esos grandes litigantes son juzgadas procedentes.<sup>715</sup> Según BEZERRA, las conductas lesivas son reiteradas por esos grandes litigados, debido a la morosidad del judicial y el gran número de lesionados que no buscan su tutela jurisdiccional.<sup>716</sup>

En lo que se refiere a los procesos en curso, una de las ventajas sería la de facilitar igualmente la composición del litigio por las partes, por medio del acuerdo, dado el pronunciamiento judicial definitivo sobre la cuestión.

Una de las propuestas presentadas en el informe del CNJ que analizó las demandas repetitivas era la relativa a la necesidad de una mayor publicidad con relación a las empresas más demandadas. El Poder Judicial igualmente podría dar amplia divulgación de eventual decisión favorable que condenó en daños punitivos y su sustitución por una tutela específica, determinando la publicación en la propia empresa por medio de folletos informativos y carteles, en periódicos de mayor circulación, y en la página respectiva del Tribunal, de modo que los consumidores tengan conocimiento de eventuales decisiones que puedan afectar positivamente su pretensión.<sup>717</sup>

---

<sup>714</sup> PUCRS. Demandas judiciais e morosidade da justiça civil. EDITAL CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA O1/2009 Área Temática: Diagnóstico sobre as causas do progressivo aumento das demandas judiciais cíveis no Brasil, em especial das demandas repetitivas, bem como da morosidade da justiça civil. POA, 2001, p.193. Disponível em [http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat\\_pesquisa\\_pucrs\\_edital1\\_2009.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_pucrs_edital1_2009.pdf), visitado 13/10/2016.

<sup>715</sup> BEZERRA, André Augusto Salvador, in *Explosão da litigiosidade e dano social em ações individuais*. As demandas repetitivas e os grandes litigantes: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro. Coord. Vânia Cardoso André de Moraes, Coleção Selo ENFAM, p.235

<sup>716</sup> BEZERRA, André Augusto Salvador, in *Explosão da litigiosidade e dano social em ações individuais*. As demandas repetitivas e os grandes litigantes: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro. Coord. Vânia Cardoso André de Moraes, Coleção Selo ENFAM, p.235

<sup>717</sup> Relatório CNJ 2011, Demandas repetitivas e a morosidade na Justiça Cível Brasileira, disponible en <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/f7b1f72a0d31cc1724647c9147c4b66b.pdf>, p.27, acceso el 13/10/2016

Como bien indica MORAES, “es preciso(...) que las demandas de masa tengan soluciones de masa, es decir, reciban una solución uniforme, garatinzándose, principalmente, el principio de isonomía. Se desprende de ese principio la necesidad de conferir tratamiento idéntico a quien se encuentra en idéntica situación”.<sup>718</sup>

Sigue la doctrina afirmando que “para que se pueda garantizar la supremacía de la ley, es indispensable que estén disponibles los mecanismos procesales para su aplicación uniforme a todos los que se encuentren en la misma situación(...)”.

La coherencia del sistema jurídico es una necesidad, estableciendo que los casos idénticos sean solucionados de la misma manera, como forma de privilegiar los principios de la isonomía y de la legalidad, conferiendo mayor previsibilidad y seguridad para la propia vida social.”<sup>719</sup>

Añado, así, que cabría la conexión de las acciones para juicio conjunto de las eventuales demandas propuestas para discutir la misma cuestión de hecho y de derecho, propuestas contra el mismo acusado, de forma que disminuya, aún más, la posibilidad de decisiones conflictivas (art. 55, parágrafo 1o del CPCB, abajo transcrito).

En el sentido de la necesidad de un sistema jurídico que preserve de forma más plena el principio de la igualdad, estableciendo el ordenamiento jurídico y nuevo CPC, admitiendo el juicio conjunto de acciones, aunque no haya conexión. Así, establece la norma del art. 55, parágrafo 3o del CPC:

Art. 55. Considerándose conexas 2 (dos) o más acciones cuando fueran de común pedido o la causa de pedir.

§ 1º Los procesos de acciones conexas serán reunidos para decisión conjunta, salvo si uno de hubiera ellos ya sido sentenciado.

(...)

§ 3º Serán reunidos para juicio conjunto los procesos que puedan generar riesgo de pronunciamiento de decisiones conflictivas o contradictorias caso decididos separadamente, mismo sin conexión entre ellos.

---

<sup>718</sup> MORAES, Vânia Cardoso André de, in *Demandas Repetitivas decorrentes de ações ou omissões da administração pública: Hipóteses de soluções e a necessidade de um direito processual público fundamentado na Constituição*, in *Séries Monografias do CEJ*, v. 14, Brasília-DF, jul./dez. 2012, p.59.

<sup>719</sup> MORAES, Vânia Cardoso André de, in *Demandas Repetitivas decorrentes de ações ou omissões da administração pública: Hipóteses de soluções e a necessidade de um direito processual público fundamentado na Constituição*, in *Séries Monografias do CEJ*, v. 14, Brasília-DF, jul./dez. 2012, pp.60-61.

En el derecho español igualmente se preve la acumulación del proceso de forma que evite decisiones conflictivas, principalmente cuando envuelven igualmente procesos colectivos donde se discute la tutela de interés de consumidores y usuarios. Establece el art. 76 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, textualmente:

Artículo 76

Casos en los que procede la acumulación de procesos

1. La acumulación de procesos habrá de ser acordada siempre que:

- 1.º La sentencia que haya de recaer en uno de los procesos pueda producir efectos perjudiciales en el otro.
- 
- 2.º Entre los objetos de los procesos de cuya acumulación se trate exista tal conexión que, de seguirse por separado, pudieren dictarse sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes.

2. Asimismo, procederá la acumulación en los siguientes casos:

- 1.º Cuando se trate de procesos incoados para la protección de los derechos e intereses colectivos o difusos que las leyes reconozcan a consumidores y usuarios, susceptibles de acumulación conforme a lo dispuesto en el apartado 1. 1.º de este artículo y en el artículo 77, cuando la diversidad de procesos no se hubiera podido evitar mediante la acumulación de acciones o la intervención prevista en el artículo 15 de esta ley.

Concluyendo por la posibilidad de conexión entre acción colectiva e individual, en la tutela de interés de los consumidores, aduce VILAR e col. que hay “de hacer hincapié en la novedad introducida por la LEC, al ampliar el tenor de la LCGC, y permitir no solo la acumulación de acciones individuales y colectivas, sino también la posibilidad de intervenir consumidores adherentes en el ejercicio de acciones colectivas,<sup>720</sup> ” aunque entienda que en la hipótesis de acción de cesación sea inaceptable esa acumulación.<sup>721</sup>

Y sigue afirmando que habiendo acciones individuales y colectivas, versando sobre el mismo tema, lo lógico sería proceder a la acumulación de acciones, “para otorgar una mejor tutela y evitar posibles sentencias contradictorias”<sup>722</sup>

En Brasil, para viabilizar esa unión, loable la propuesta presentada por la Asociación de los Magistrados brasileños, de creación de Centros de Inteligencia y Monitoreo de Demandas de Masa, para fines de identificación de conflictos de masa, inclusive para fines

---

<sup>720</sup> VILAR e col., in *Tutela de los consumidores y usuarios en la ley de enjuiciamiento civil*, Coord. Silvia Barona Vilar, 2a ed., Tirant lo blanch: Valencia, 2003, p.133.

<sup>721</sup> VILAR e col., in *Tutela de los consumidores y usuarios en la ley de enjuiciamiento civil*, Coord. Silvia Barona Vilar, 2a ed., Tirant lo blanch: Valencia, 2003, p. 134.

Estoy en desacuerdo con la doctrina que aduce la imposibilidad de acumulación, pues en estos procesos seguirían por el procedimiento verbal. Entiendo que la acumulación sería loable y necesaria, tramitando el hecho por el juicio ordinario, conforme art. 77 da Ley de Enjuiciamiento Civil.

<sup>722</sup> VILAR e col., in *Tutela de los consumidores y usuarios en la ley de enjuiciamiento civil*, Coord. Silvia Barona Vilar, 2a ed., Tirant lo blanch: Valencia, 2003, p.136

de identificación de lesiones a derechos individuales homogéneos, y juicio conjunto de las acciones.

Obsérvese que estas demandas son susceptibles de generar la condenación en daños punitivos, favoreciendo terceros ajenos al proceso, que se pondrían en conocimiento por medio de la divulgación de la decisión, inclusive, por estos Centros.<sup>723</sup>

Además, siendo muchas demandas procesadas por medio de juzgados especiales, en los que hay posibilidad de litigar autónomamente, sin la intervención de abogado, con la reducción a término del pedido y actuación, podrían tener ciencia por medio de esos Centros de decisión favorable, sin necesidad de ingreso de nuevo pedido, pudiendo comunicar en los autos el incumplimiento de la decisión por parte del acusado.

Tal vez, incluso para evitar mayores alegaciones de violación del principio de igualdad frente a los acusados, y para alcanzar de manera más apropiada aun ese principio, se debe pensar en la hipótesis de conexión de acciones extemporáneas, esto es, aunque después de juzgada la causa, desde que sean relativas al mismo pedido o causa de la acción, principalmente en el ámbito relativo a daños punitivos, dada la gran repercusión social y jurídica del tema, que genera efectos más allá del derecho individual de la parte autora, puesto que tiene una faceta pública, alcanzando indirectamente a terceros, y ante la posibilidad de enjuiciamientos diversos de causas frente al acusado con pedido similar.

Como bien sostiene CLEMENTINO, por fuerza del principio del procedimiento de la economía, se exige “creatividad y postura constructiva, en particular ante omisiones legislativas en lo que se refiere a la materia”. Le corresponde al juez, pues, “interpretar las reglas procesales sobre la óptica de sus potenciales efectos anti-económicos y construir deliberadamente soluciones alternativas, constitucionalmente válidas, con el fin de asegurar el adecuado cumplimiento de la economía y de equiparar efectivamente los conflictos estructurales, no se limitando a imprimir soluciones individuales”.<sup>724</sup>

Por lo tanto, así es la sugerencia, con motivo de proponer una ley (*lege ferenda*), para una posible modificación legislativa, así como por medio de una interpretación consistente con los principios y normas constitucionales.

---

<sup>723</sup> NETO, Antônio Silveira, in *Conflitos de massa e gestão dos processos judiciais: uma proposta da associação dos magistrados brasileiros*. As demandas repetitivas e os grandes litigantes: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro. Coord. Vânia Cardoso André de Moraes, Coleção Selo ENFAM, pp. 224/225

<sup>724</sup> CLEMENTINO, Marcos Bruno Miranda, in *As demandas repetitivas de direito público e o princípio da procedimentalização da isonomia*. As demandas repetitivas e os grandes litigantes: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro. Coord. Vânia Cardoso André de Moraes, Coleção Selo ENFAM, p.50

De hecho, si hay la posibilidad de la cosa juzgada ser producida *secundum eventum litis* en acciones colectivas, en muchos ordenamientos jurídicos, alcanzando terceros favorablemente que no participaron de la demanda, no se muestra imposible la propuesta formulada, aunque se entienda necesaria un cambio legislativo en ese sentido. O sea: la prevención de un juzgado no solo para las demandas en curso, pero las posteriores, lo que evitaría decisiones diversas sobre lo mismo derecho perseguido, alcanzando de manera más efectiva el principio de la igualdad.

Por todo lo expuesto, considero que la institución de los daños punitivos y la medida sustitutiva trae la posibilidad de alcanzar de forma más asertiva el principio de la igualdad previsto en el art. 5o, inicio del párrafo e inciso I de la CFB y artículo 14 de la CRE, tratando los desiguales desigualmente, en la medida de su desigualdad.<sup>725</sup>

Por último, hay que señalar que el principio de la igualdad es preservado de manera más asertiva por medio de la aplicación de la medida sustitutiva, pues destinar a un lesionado solamente una indemnización que refleja todo el daño sufrido socialmente violaría la preservación de ese principio. Seguramente no se excluye el derecho de otras personas de ir a juicio. Pero muchas veces las lesiones pequeñas quedan sin reparación. La tutela específica buscando combatir el daño social, como bautizó SHARKEY, al final alcanza y preserva con más intensidad la economía. Añade:

“...the societal damages approach also advances fairness and corrective justice goals by placing unique independent emphasis upon the assessment and the distribution of punitive damages. Given that punitive or exemplary damages are deemed to vindicate societal as opposed to individual interests, why should a plaintiff, who has no particular entitlement to these damages, receive any—much less all—of them? To push this inquiry a bit further, why should a plaintiff receive windfall gains that might otherwise be used to compensate other individuals who incurred injuries as a consequence of the same wrongdoing by the same defendant?”<sup>726</sup>

Sin embargo, hay que señalar que de un modo se puede cuestionar eventual lesión a la igualdad, pues el posible ofensor tendría que se defender multiples veces del mismo pedido, incluso en hipótesis de que tenga en favor de si una acción decidida.

---

<sup>725</sup> CRB: Art. 5º Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los términos siguientes: I - hombres y mujeres son iguales en derechos y obligaciones, en los términos de esta Constitución;

CRE: Artículo 14 Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

<sup>726</sup> SHARKEY, Catherine M., in *Punitive Damages as Societal Damage*, The Yale Law Journal, Volume 113, 2003-2004, Number 2, November 2003, p.391.



Como ya afirmamos, la verdad es que no se cuestiona esa violación en relación a la indemnización punitiva, se aplicando lo mismo razonamiento para la tutela específica. Aquí analizamos las ventajas de la sustitución, por lo que no hay razón para se optar por la indemnización punitiva. Con la tutela específica todos los lesionados son beneficiados igualmente por la demanda favorable.

Además, especialmente en Brasil ese problema se hace todavía menos relevante, una vez que incluso en hipótesis de acción civil pública la legislación admite que en caso de improcedencia los no favorecidos busquen la tutela individual, aplicando en su favor la decisión por ventura favorable.

Por último, hay que valerse de la ponderación de bienes, una vez que la igualdad entre partes en relaciones de consumo muchas veces no existe, y es cierto que la mayor parte de los daños quedan sin reparación, por lo que el mecanismo sirve como una opción de equilibrar la desigualdad técnica y económica que atinge los consumidores, de manera más igualitaria que la indemnización punitiva, pues los hipossuficientes tendrán su daño reparado.

Analizada esta cuestión, seguimos en el próximo capítulo con otros puntos favorables a la aplicación de la tutela específica en sustitución a la indemnización punitiva.

### **3.3.3.6. Aleja el enjuiciamiento de pedidos fraudulentos**

Como se sabe la jurisdicción no es infalible, por lo que en muchas hipótesis se cometen errores, negandose derechos a quien tiene o otorgando un fallo de procedencia a otros que no tienen derecho en la pelea.

Esa falibilidad de la Justicia es conocida por todos, creando un incentivo a que personas que no tienen cualquier derecho a una indemnización va buscar una indemnización sob alegación fraudulentas.

La posibilidad de imposición de indemnización punitiva hace con que ese incentivo sea aunque más grande, por la posibilidad de la decisión judicial fijar un monto alto de daños punitivos. De hecho, con la probabilidad de ganar una indemnización muy alta, la tendencia es que un numero más grande de personas van a búsqueda de la pretensión, aunque de manera fradulenta.

De ese modo, una otra ventaja de la sustitución de la indemnización por una tutela específica es retirar ese incentivo, una vez que ya no se pagarían indemnizaciones a título de daños punitivos, pero sí si determinaría aquel que causó daño deshaga la conducta

dañosa, rectificando ese daño in natura y beneficiando a los lesionados. Por lo tanto, el beneficio que tendría el autor de la acción fraudulenta sería pequeño, desincentivando el ingreso de esos pedidos en juicio.

### **3.3.3.7. Reduce los incumplimientos de contratos, evitando el aumento de las demandas judiciales.**

De hecho, hay que observar que con la posibilidad de que en una acción judicial sean afectados los otros lesionados que no necesitarán más ir a juicio satisfacer su pretensión, de dos maneras hay un incremento en el nivel de eficiencia de la justicia. Una, en razón de la reducción directa de las demandas excluyendo esos lesionados de la necesidad de ir a juicio, con la satisfacción de la pretensión. Dos, pues en razón de la internalización de los costes, pasa a tener más ventaja el ofensor en adoptar el nivel de cuidado ideal, de modo que habrá una reducción de lesiones y nuevas demandas de manera mas efectiva que una indemnización punitiva. De hecho, ya no se hacen necesarios cálculos del monto a ser pago, con las dificultades que se presentan como vimos en el capítulo 1, en razón de baremos, limites jurisprudenciales e legales, etc.

En razón de esa disuasión, hay una menor ventaja en no cumplir los contratos firmados. La ineficiencia de la justicia hace con que haya el descuento para el futuro, reduciendo el valor a pagar por incumplimiento, lo que incentiva a que los contratos no sean obedecidos, trayendo un perjuicio a toda la sociedad, por la falta de seguridad jurídica, y el aumento de la demanda, empeorando la justicia, generando un efecto en cadena.

Trae MILLER un ejemplo para ilustrar la cuestión. Explica que:

“it seems reasonable to suppose that the level of enforcement of legal norms-as represented by the litigation rate-will affect decisions by private parties as to whether or not to violate those norms. Suppose, for example, that a party to a contract can save \$10,000 by breach. If litigation occurs immediately, the breaching party expects to pay \$10,000 in compensatory damages plus \$1,000 in legal fees. A rational party will not breach. But suppose there is a five-year court backlog, so that the total present cost of the expected judgment to the breaching party is only \$6,000, while legal fees increase to \$2,000. A rational party would breach because the costs of breach are less than the benefits”.<sup>727</sup>

---

<sup>727</sup> MILLER, Geoffrey P., *in Some thoughts on the equilibrium hypothesis*, 69 B.U. L. Rev. 561 1989, p. 566.

La consecuencia buena con la reducción del tiempo del proceso es que evita así que se produzcan más procesos en razón de más incumplimientos, evitando más ineficiencia de la justicia y más procesos, consecuentemente.

De hecho, el efecto contrario con la no adopción de una solución jurídica más eficiente sería aumentar el tiempo del proceso y los incentivos para los incumplimientos contractuales, que generarán más procesos por la simple ventaja de no ser necesario el pago del contrato tempestivamente, en razón del descuento para el futuro. Enseña MILLER que “the level of breach of legal norms can be expected to rise as the backlog increases. Increased breaches, in turn, will tend to increase the number of controversies among parties that could result in litigation: other things being equal, the litigation rate will increase”.<sup>728</sup>

De ese modo, la reparación *in natura* genera la reducción de las demandas en juicio y de otras lesiones, lo que hace con que la justicia sea más eficiente, y repercute de modo favorable en el cumplimiento de los contratos.

### **3.3.3.8. Introduce mayor efectividad a la legislación.**

Para que las normas y reglas sean observadas, se hace necesario no solamente poner a la disposición de los ciudadanos los medios para acceder a la justicia. Es importante igualmente que esa sea de fácil acceso y que se creen los incentivos ideales de modo a que estos van a juicio. La litigación de particulares es medida esencial para la aplicación de la ley.

Es esa la opinión de LEMOS, estableciendo que:

“The legislative histories of statutes that contain litigation incentives are replete with statements by legislators and witnesses that optimal enforcement depends on private litigation, and that some form of inducement is necessary in order to facilitate suit(...) Just as Congress can craft agency procedures in a way that “stack[s] the deck” in favor of certain constituencies, it can use fee shifts and damage enhancements in an effort to ensure that particular individuals or groups have the ability and incentive to enforce federal legislation”.<sup>729</sup>

La nuestra propuesta en ese sentido hace con que ese objetivo sea alcanzado de manera más asertiva. De hecho, si en regla general la responsabilidad en una acción

---

<sup>728</sup> MILLER, Geoffrey P., *in Some thoughts on the equilibrium hypothesis*, 69 B.U. L. Rev. 561 1989, p. 566

<sup>729</sup> Lemos, Margaret H., *in Special Incentives to Sue*, Minnesota Law Review, Disponible en [http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5185&context=faculty\\_scholarship](http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5185&context=faculty_scholarship), acceso en 14 de janeiro de 2017, pp. 793-795.

individual alcanza de alguna manera ese objetivo, pues internaliza el costo de los daños y genera una disuasión individual y directa contra el ofensor e indirecta contra terceros, pues saben de la posibilidad de incurrir en responsabilidad, más amplitud hay con la posibilidad de condena y imposición de daños punitivos. En esas hipótesis, aunque la ley tenga sido violada en fase de un grupo de personas, la sanción establecida genera una disuasión general en relación a los otros que van a internalizar los costes antes de adoptar una conducta dañosa. La correcta aplicación de la ley en esas hipótesis, pues, ocurre de manera más intensa.

Por su vez, todavía más importante para la aplicación y obediencia a las leyes es la nuestra propuesta de sustitución de la indemnización punitiva por una tutela específica. De hecho, el efecto de obediencia y observancia de las leyes ocurren no solamente por un incentivo indirecto, cual sea, la posibilidad de sanción, pero incluso directamente, siempre y cuando la conducta tenga violado derechos. Por lo tanto, por medio de la aplicación de la tutela específica no solamente ocurre la aplicación directa de la ley a la persona que buscó la protección en juicio, pero igual a todas las otras que tuvieron sus derechos violados. Al revés, la indemnización punitiva apenas protegería directamente la parte que fue a juicio y indirectamente la sociedad contra otras posibles lesiones, quedando sin aplicación correcta de los otros lesionados.

### **3.3.3.9. Mejora el “shadow effect”.**

Como vimos, y aquí repitimos, el shadow effect, según explica EATON, MUSTARD y TALARICO es “el impacto de los fallos judiciales sobre los procesos que llegan a una composición civil o no son resueltos por un Tribunal” <sup>730</sup>. Según los mismos doctrinarios, algunos critican esos efectos con relación a los daños punitivos alegando que la incertidumbre hace con que los acuerdos hechos sean en valores más grandes que si no hubiera la posibilidad de fijación de daños punitivos.

Ya vimos igualmente que el aumento de los valores de los acuerdos judiciales en razón de la posibilidad de fijación de los daños punitivos por si no es algo negativo. De hecho, por cierto que sin la posibilidad de su fijación los acuerdos serían menores, pero igualmente no se atingiría la disuasión ideal.

---

<sup>730</sup> Eaton, Thomas A; Mustard, David B., Talarico, Susette M. in *The effects os Seeeking Punitive Damages on the Processing of Torts Claims*, The Journal of Legal Studies, Vol. 34, No. 2 (June 2005), pp. 343-369.

Con la posibilidad de fijación de los daños punitivos los acuerdos deben valorar todo el daño causado. Por lo tanto, la posibilidad del valor ser más alto que sin la previsión de daños punitivos es una medida loable, pues así se alcanza de manera más eficaz la prevención perseguida.

Es esa la visión de los abogados del ofendido que va buscar el pago del daño sufrido. En entrevistas conducidas por el doctrinario, resultó que los abogados entendían que:

“many litigators maintained that the defense would not come to the bargaining table with "a fair settlement" unless punitive damages were a real possibility(...)These lawyers argue that if defendants do not face the possibility of a large punitive damages verdict, corporations have little or no incentive to settle for fair compensatory damages<sup>1</sup>”<sup>731</sup>.

Es ese el ejemplo que se extrae de los procesos relacionados con asbestos, que generaron acuerdos varios después de la condena en un proceso con la fijación de los daños punitivos. Explica KOENIG:

“Plaintiffs' attorneys trying products liability cases believe that punitive damages are most effective in facilitating the expeditious settlement of mass torts. In this context, the first award plays a key role in settling hundreds, even thousands, of cases based upon the same facts. A plaintiff's attorney reported that he "settled hundreds of asbestos cases where punitive damages played a role in the settlement." " This same pattern was observed in Copper-Seven, Dalkon Shield and asbestos litigation where thousands of plaintiffs received "full compensation" only after a punitive damages award had been assessed and there was the possibility of many other similar awards.<sup>32</sup> Freedom from potential punitive damages is the first concession that the tobacco companies have sought in forging a global settlement to the hundreds of thousands of tobacco claims.”<sup>732</sup>

El problema que puede presentarse es la posibilidad de un escenario de “overdeterrence” en los acuerdos hechos, por buscar el ofensor evitar que la demanda vaya a juicio, con miedo de la posibilidad de que sean fijados por los jueces los daños en valores más altos que los debidos a título de daños punitivos. Por lo tanto, en razón de error judicial.

Esa es la doctrina de POLINSKY, según EATON at all. “asserts that the uncertainty and unpredictability that a punitive damage claim injects into a case are likely to

---

<sup>731</sup> KOENIG, Thomas, in *The shadow effect of punitive damages on settlements*, 1998 Wis. L. Rev. 169 1998, p.176.

<sup>732</sup> KOENIG, Thomas, in *The shadow effect of punitive damages on settlements*, 1998 Wis. L. Rev. 169 1998, p.177.

coerce defendants to settle a greater number of cases for higher amounts than they would if no punitive damages claim were involved”.<sup>733</sup>

De hecho, como sabemos el cálculo de los daños punitivos no es materia pacífica, pues que aunque tengamos llegado a la conclusión que debe internalizar los costes de todo el daño causado, y además devolver el lucro obtenido, para hacer ese cálculo hay que tener conocimiento de variables de difícil o imposible cuantificación. De ese modo, lo que ocurre es que el límite, que es la inversa probabilidad de la responsabilización, sin olvidar los lucros, no son ciertos, lo que puede llevar a fijación de daños más altos que los debidos.

Además, no se puede olvidar que la doctrina y jurisprudencia no es pacífica sobre el tema de como hacer ese cálculo, ni que variables deben ser analizadas, valorando otros elementos como la repreensibilidad de la conducta, la riqueza del ofensor, y otros. Agregue aún al sistema jurídico americano el facto que quién detén la atribución para fijar los valores es el júri, sin tener conocimientos técnicos suficientes para tanto.

Todas esas cuestiones son valoradas por las partes en la hora de hacer el acuerdo, lo que puede llevar a que las indemnizaciones sean fijadas por encima de lo que realmente sería debido.

En mi opinión tales implicancias en regla son poco relevantes en razón de los límites impuestos por ley y por la interpretación jurisprudencial, como vimos através de baremos y límites en los fallos, relacionando los daños punitivos a los compensatorios, como el que fijó un límite que no supere nueve veces los daños compensatorios,<sup>734</sup> lo que lleva a creer que ese efecto no llegaría a llevar a acuerdos altos que huyan de esos parámetros. De hecho, al hacer los cálculos de la probabilidad de condena, los ofensores se valdrían de esos factores. Por lo tanto, más bien es verdad que la tendencia es que generen una “underdeterrence”, por la baja cantidad y periodicidad con que son concedidos.

No obstante, con relación a los datos relacionados con la baja periodicidad, hay estudios que indican que en verdad pocos los casos relacionados a daños punitivos van a juicio pues en razón de la aversión al riesgo de los proveedores de productos y servicios, muchos son finalizados en acuerdos. Informa la American Tort Reform Association que aunque “No empirical evidence is offered to support ATRA's argument that the percentage of settlements has been rising. ATRA maintains that: The number of product liability cases

---

<sup>733</sup> Eaton, Thomas A; Mustard, David B., Talarico, Susette M. in *The effects os Seeking Punitive Damages on the Processing of Torts Claims*, The Journal of Legal Studies, Vol. 34, No. 2 (June 2005), pp. 343-369.

<sup>734</sup> State Farm v. Campbell (2003). Disponible en <https://www.law.cornell.edu/supct/html/01-1289.ZO.html>, acceso en 08 de febrero de 2017.

which are tried, however, represents a small minority of the total number which are filed. The vast majority of product liability cases-approximately 95 percent-are settled before trial".<sup>735</sup>

Además, doctrina KOENIG que aunque daños punitivos en alto valores no sean fijados con frecuencia, "is of little comfort to risk-averse business executives who worry that their firm might be an exception to the general pattern. Fear of the occasional runaway jury may lead to an inflated settlement".<sup>736</sup>

Explica con mucha propiedad el doctrinario que:

"even though the empirical research consistently shows that punitive damages are rare and well-controlled by the judiciary, this remedy plays a significant role in driving settlements. The empirical evidence suggests that the business community's fear of runaway punitive damages is exaggerated. However, what litigators "define as real, becomes real in their consequences."<sup>737</sup> A belief that punitive damages are "out of control" and randomly assessed may create a self-fulfilling prophesy as parties negotiate claims according to their perceptions of the populist behavior of juries." Anecdote, hyperbole and simple confusion may shape settlements in a more powerful way than empirical truths".<sup>738</sup>

Los datos presentados, sin embargo, indican que en verdad hasta los acuerdos celebrados no son muy influenciados por los daños punitivos. Por lo tanto, el *shadow effect* no es tan relevante, aunque de alguna manera aumente la intensidad y los valores de los acuerdos firmados.

De hecho, como vimos, la investigación hecha por el Texas State Department of Insurance (TDI), los acuerdos en valores menores que \$25,000, solamente sufrieron influencia en 5,5% en el período 1990-1993, con reducción de 7,1% en 1990 hasta 4,4% en 1993. El aumento de la indemnización en esos casos fue de 12,5% en general. En indemnizaciones superiores a \$25,000 desde 10% hasta 12% de los valores correspondieron a los daños punitivos. En los acuerdos que superan \$200,000, el porcentaje de apenas 5,2% de acuerdos tuvieron influencia de los daños punitivos, y un incremento de 4,8% en la indemnización en razón de esos daños. Lo mismo resultado se observa en indemnizaciones superiores a \$1million, donde el porcentaje de daños punitivos en la indemnización es en la media de 6,7%.

---

<sup>735</sup> KOENIG, Thomas, in *The shadow effect of punitive damages on settlements*, 1998 Wis. L. Rev. 169 1998, p.173, nota de rodapé.

<sup>736</sup> KOENIG, Thomas, in *The shadow effect of punitive damages on settlements*, 1998 Wis. L. Rev. 169 1998, p. 170.

<sup>737</sup> La doctrina hace referencia al Teorema de Thomas.

<sup>738</sup> KOENIG, Thomas, in *The shadow effect of punitive damages on settlements*, 1998 Wis. L. Rev. 169 1998, p.172.

En la investigación hecha por la G. ISO 27-State Study fueron pedidos daños punitivos en 10% de las acciones, resultando en un shadow effect en esas acciones de 8%, y de un poco más de 1% analizando todo el conjunto.<sup>739</sup> Otro estudio realizado por la misma entidad concluyó que la indemnización aumentó en 11% en los pedidos de daños punitivos y con un total general de incremento en todas las acciones de 1%

Es decir, hay un “shadow effect” que influencia los daños punitivos, que puede ser de las decisiones judiciales, o mismo un efecto que decurre de otros acuerdos.

Lo que se observa en esas investigaciones es que ese efecto no se encuentra el parámetro ideal, pues todavía lo que se paga a título de daños punitivos es poco y en poca intensidad. Por lo tanto, la disuasión todavía sigue abajo del ideal.

Sin embargo, esclarece PRIEST que “What the Alabama numbers show is that the availability of unlimited punitive damages affects the 95% to 98% of cases that settle out of court prior to trial. It is obvious and indisputable that a punitive damages claim increases the magnitude of the ultimate settlement and, indeed, affects the entire settlement process, increasing the likelihood of litigation”.<sup>740</sup>

Así, de todos los modos, la materia no es pacífica. Hay todavía la posibilidad de que en algunas hipótesis ese efecto termine por aumentar los daños punitivos fijados, por una aversión al riesgo del ofensor.

De esa manera, nuestra propuesta hace con que el “shadow effect” tenga un efecto positivo y no negativo cuando de la fijación de los acuerdos, una vez que teniendo el ofensor conocimiento que la posible condena no ultrapasará el daño efectivo causado, tendría la parte más herramientas para intentar hacer un acuerdo viable, que no ultrapasara el daño debido, atingiendo al final la prevención ideal.

De hecho, con la sustitución de la indemnización por una tutela específica no tendría el ofensor miedo de la condena en montante superior al daño, pues que se limitaría a este, lo que llevaría a un poder más grande de negociación, de modo a atingir un resultado social más favorable.

Además, incluso en el cuadro que se presenta puede ser positivo de modo a evitar una underprevención, pues las partes tendrán más conocimiento de daño efectivo que el ofensor debería pagar a la sociedad, o sea, menos asimetría de información, facilitando las

---

<sup>739</sup> KOENIG, Thomas, in *The shadow effect of punitive damages on settlements*, 1998 Wis. L. Rev. 169 1998, p.201

<sup>740</sup> Priest, George L., "Punitive Damages Reform: The Case of Alabama" (1996). Faculty Scholarship Series. Paper 628. [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/628](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/628), p. 830.



negociaciones y incluso obteniendo tal vez daños punitivos más elevados, lo que puede al final hacer con que se alcance la prevención ideal.

De hecho, reconoce SHAVELL que los acuerdos pueden tener un efecto negativo en la prevención pues muchas veces fijados en patamar más bajo que la indemnización efectivamente debida, aunque no vea el incentivo a la litigación como la solución para el problema<sup>741</sup>.

Por lo expuesto, entendemos que la posibilidad de condena en daños punitivos, en general, no causa un “shadow effect” negativo, pero sí facilita la celebración de acuerdos que valoran todo el daño causado, que al final incentiva la adopción del cuidado ideal. Por su vez, la posibilidad de sustitución por una tutela específica trae más certeza de los límites y cuantía ideal de la indemnización, lo que llevaría a la fijación de daños punitivos en valores más precisos, evitando así la “underdeterrence” o la “overdeterrence”.

### **3.3.3.10- Actúa como un decoupling.**

La sustitución de la indemnización punitiva por una tutela específica se puede comparar con el decoupling en algunos aspectos. El decoupling ocurre cuando los daños del ofendido por la decisión judicial es diverso de lo que pagó el ofensor. En el caso de la medida sustitutiva es más o menos lo que pasa. De hecho, al determinar la reparación del daño al autor de la acción y además a los otros lesionados, lo que ocurre es que el ofensor paga más que lo que recibe la parte autora.

Los objetivos del decoupling son de reducir los incentivos de utilizar el Poder Judicial sin que se reduzcan los incentivos para que la parte ofensora pase a adoptar el nivel ideal de cuidado.

Eso ya ocurre por medio de las leyes que determinan la entrega de parte de los daños punitivos para Fondos Estatales o al Estado. Pero el decoupling que ocurre en ese escenario no tiene la ventaja que la medida que proponemos alcanza: de attingir positivamente

---

741 SHAVELL, Steven, in **The level of litigation: Private versus social optimality of suit and of settlement**. Disponible en [http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/19 Inter Rev Law Econ 99.pdf](http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/19%20Inter%20Rev%20Law%20Econ%2099.pdf).

los lesionados, con la entrega de la prestación debida y reducción de las demandas judiciales.<sup>742</sup>

POLISNKY y CHE sin embargo establecen la posibilidad en el decoupling con aspectos un poco diversos de los ya establecidos por medio de las leyes que establecen Fondos y remesa al Estado. Sugieren la fijación de una indemnización más alta que el daño causado para ser paga por el ofensor, y claro el pago de un valor menor al ofendido. Afirman incluso que en el sistema ideal el valor de la indemnización debe ser la más alta posible. De ese modo, sostienen, el incentivo para la adopción del cuidado ideal sería más grande, pero habrían menos incentivos para la búsqueda de la tutela judicial, lo que haría con que el ofensor tuviera menos incentivos para la cautela, y al final llegaría al mismo nivel de cuidado que sin el decoupling, pero con menos costes sociales.

Al final el resultado de la doctrina de POLINSKY y CHE es parecida al que alcanza nuestra propuesta doctrinaria, internalizando todos los costes y pagando solamente el daño individual causado al ofendido, lo que reduce los incentivos para la litigación en algunos aspectos. Aunque sostengamos que la búsqueda por la tutela judicial deba ser priorizada (pues en principio hay un aumento del coste social de la litigación, que se reduciría con la tutela judicial y consecuente reducción de las lesiones), en nuestra propuesta esa reducción de los incentivos no es mala, pues no los quita completamente, y además la tutela jurisdiccional atinge a todos, creando un sistema que mantiene la protección de los derechos y reduce los costes sociales con la litigación, directamente (ya que ni todos van a juicio, pues no hace falta), y indirectamente (con la cautela más grande por crear los incentivos en el proveedor, pues paga por todo el daño causado).

La relevancia de las demandas judiciales es señalada por POLINSKY y CHE, que afirman:

“As the level of harm approaches zero, the optimal award to the plaintiff must approach zero; it is not worthwhile to encourage the plaintiff to sue, since the value of inducing the injurer to take care becomes small. In this case, the optimal award to the plaintiff will be less than the optimal payment by the defendant (which is at its upper bound). Conversely, as the level of harm becomes large, suits become more valuable, and it is optimal to continue to raise the award to the plaintiff...”<sup>743</sup>.

---

<sup>742</sup> Decoupled liability already occurs in certain circumstances. For example, in several states punitive damages are decoupled, with the plaintiff receiving 25% to 67% of the punitive damage amount paid by the defendant (the percentage depends on the state). POLINSKY, A. Mitchell y Che, Yeon-Koo, in Decoupling Liability: optimal incentives for care and litigation, NBER Working Paper Series, Working Paper no. 3634, February 1991, p.3

<sup>743</sup> POLINSKY, A. Mitchell y Che, Yeon-Koo, in Decoupling Liability: optimal incentives for care and litigation, The RAND Journal of Economics, Vol. 22, No. 4 (Winter, 1991), pp. 562-570, p. 563

Sin embargo, hay que señalar que la propuesta de elevación de la indemnización más allá del daño efectivo causado puede reducir los costes sociales de litigación, pero generar una overdeterrence, pues entra en la ecuación de los incentivos para litigar no solamente la indemnización, pero igual los incentivos de búsqueda de justicia. Por lo tanto, elevase el cobro de la indemnización, pero reduce el pago a los ofendidos, que siguen con otros incentivos de modo a que habrá una superposición de indemnizaciones más allá del nivel de eficiencia.

Otro punto relevante dice respecto a los incentivos disuasorios por la elevación de la indemnización. Hablando de Becker, POLISNKY y CHE aducen que “Becker concluded that the best system of public enforcement involves using the highest possible fine and a correspondingly low probability of detection, since such a combination can achieve any given amount of prevención with the lowest investment in detection”.<sup>744</sup> Pero ellos igualmente reconocen críticas a esa teoría, donde muchos aducen como supra señalado que el efecto de prevención es alcanzado con más intensidad en hipótesis de más alta probabilidad de condena que una pena más alta, en razón de otros factores, como el descuento por el futuro, the judgement proof problem, etc.

Por lo tanto, reducir demasiado los incentivos para la litigación no es siempre una buena opción, pues la probabilidad de condena en general tiene efecto disuasorio más elevado que el aumento de la probabilidad de la indemnización.

De ese modo, la teoría propuesta podría igualmente se encajar de manera precisa con la otra hipótesis que sostenemos posible para la fijación de la indemnización punitiva: la que determina además de la devolución del pago del daño, la entrega del lucro para el ofendido, en hipótesis del daño tener generado ganancias en favor del ofensor.<sup>745</sup> De ese modo generase un incentivo igualmente disuasorio más eficaz y no se reduce completamente los incentivos para la litigación.

Además, hay que observar las conclusiones de GAROUPA y SANCHIRICO<sup>746</sup> de que la propuesta de POLISNKY y CHE <sup>747</sup>puede generar una reducción de contratación socialmente benéficos, pues el decoupling actúa como una tasación del gobierno. Por lo tanto,

---

<sup>744</sup> POLINSKY, A. MITCHELL y Che, Yeon-Koo, in *Decoupling Liability: optimal incentives for care and litigation*, The RAND Journal of Economics, Vol. 22, No. 4 (Winter, 1991), pp. 562-570, p.569

<sup>745</sup> “Now consider decoupling liability, starting at the specified level of coupled liability. First raise the amount paid by the injurer, which will cause him to take note care”. The RAND Journal of Economics, Vol. 22, No. 4 (Winter, 1991), pp. 562-570

<sup>746</sup> Garoupa, Nuno y Sanchirico, Chris William, in *Decoupling as Transactions Tax*. The Journal of Legal Studies, Vol. 39, No. 2 (June 2010), pp. 469-496, p. 471

<sup>747</sup> POLINSKY, A. MITCHELL y Che, Yeon-Koo, in *Decoupling Liability: optimal incentives for care and litigation*, The RAND Journal of Economics, Vol. 22, No. 4 (Winter, 1991), pp. 562-570.

si de un lado reduce el coste social por reducir las demandas, genera un perjuicio por la reducción de las transacciones. Por lo tanto, “while the social value of each transaction is higher, fewer transactions occur, some of which might have been socially beneficial”.<sup>748</sup>

En facto, analizan incluso la eficiencia más grande en hipótesis de pago de indemnización más alta que lo que se cobró del ofensor, de modo a incentivar las transacciones, una vez que la asimetría de información dificulta la formación de contratos.<sup>749</sup> La posibilidad de apropiación del lucro en favor del ofendido de algún modo actuaría favorablemente, aumentando los incentivos para las transacciones.

Analizados los puntos de ventaja de la tutela específica en relación a la indemnización punitiva, haremos breves señalamientos sobre eventuales desventajas de la medida sustitutiva.

Por lo expuesto vemos en la medida sustitutiva un decoupling más ventajoso, pues no deja de tutelar *in natura* los derechos violados.

### **3.3.4. Desventajas:**

#### **3.3.4.1. Desincentivo para la litigación y para el pedido de daños punitivos.**

Igualmente, que la posibilidad de sustitución de la indemnización punitiva por una tutela específica trae ventajas como las expuestas con antelación, trae algunas desventajas con relación a los incentivos para la búsqueda por la protección de su derecho o pedido de daños punitivos.

De hecho, por medio de la sustitución de la indemnización hay una reducción en los incentivos para que la parte haga una solicitud de condena en daños punitivos, una vez que no recibirá ninguna ventaja por ese eventual pedido, con la determinación judicial de sustitución por una tutela específica que atingirá favorablemente los otros lesionados.

Además, puede generar un desincentivo no solamente para solicitar la indemnización punitiva, pero también para ingresar en juicio buscando la protección de su derecho, si ese fuera de poco monto.

---

<sup>748</sup> Garoupa, Nuno y Sanchirico, Chris William, *in* Decoupling as Transactions Tax. The Journal of Legal Studies, Vol. 39, No. 2 (June 2010), pp. 469-496, p.472.

<sup>749</sup> Garoupa, Nuno y Sanchirico, Chris William, *in* Decoupling as Transactions Tax. The Journal of Legal Studies, Vol. 39, No. 2 (June 2010), pp. 469-496.

Con relación a esa última cuestión, cómo vimos, una de las ventajas que la posibilidad de fijación de daños punitivos trae es de estimular la litigación, una vez que en muchas hipótesis la posibilidad de imposición solamente de daño compensatorio no llevaría los lesionados a buscar la tutela judicial en su favor, en razón de la pequeña indemnización que tendrían derecho. Así, por ejemplo, la hipótesis de una cobranza ilegal de tasa de 1 Euro en su cuenta corriente. Los daños punitivos, de ese modo, traerían un incentivo positivo para la búsqueda de la tutela judicial, favoreciendo toda la sociedad.

Como explica con propiedad MILLER, las personas en general solamente van a juicio en la tutela de su derecho cuando el coste esperado de la acción sea menor que el lucro que puede obtener.<sup>750</sup>

Aclara LEMOS que “On that view, a potential plaintiff will sue if the expected value of litigation outweighs the cost. The expected value of litigation is the amount of damages (or other relief) the plaintiff expects to recover if she prevails, multiplied by the probability that she will win. Thus, if the plaintiff believes she has a seventy percent chance of recovering a \$10,000 judgment, the expected value of litigation is \$7000. The plaintiff's costs are simply the expense of litigation (filing fees, foregone wages, etc.) plus her attorney's fees. In this example, so long as the plaintiff's anticipated legal costs are less than \$7000, it would be rational for her to sue”.<sup>751</sup>

De ese modo, quitar la posibilidad de indemnización punitiva puede en muchas hipótesis reducir el número de personas que van a juicio tutelar su derecho, pues el coste del litigio podrá ser más grande que los beneficios esperados.

Como defendemos, el desincentivo a la litigación no sería la mejor opción, debiendo la reducción de las acciones ocurrir en razón de la reducción de las lesiones, por la adopción del productor y proveedor de la cautela ideal, y no por los costes de litigación, de modo a no satisfacer el derecho violado.

Ese facto tiene más relevancia incluso en países como Estados Unidos, en que los costes judiciales son muy altos. De hecho, como esclarece Lemos, en ese país “Litigation is

---

<sup>750</sup> “In general, plaintiffs will find it rational to sue only if the expected gross returns from the suit (P)J, in Priest's terminology) exceed the expected costs (C,,).” MILLER, Geoffrey P., in *Some thoughts on the equilibrium hypothesis*, 69 B.U. L. Rev. 561 1989, p. 562.

<sup>751</sup> Lemos, Margaret H., in *Special Incentives to Sue*, Minnesota Law Review, Disponible en [http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5185&context=faculty\\_scholarship](http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5185&context=faculty_scholarship), acceso en 14 de janeiro de 2017, p.796.

expensive, and the benefits to the individual plaintiff may not be worth the costs. That is so even if the overall benefits from the lawsuit would be substantial”.<sup>752</sup>

De hecho, en el sistema anglo-sajon no hace falta saber quién ha ganado el proceso, los costes del abogado son pagos por la parte contratante. De ese modo, hay menos incentivos en general en ese sistema para la parte ingresar con un pedido judicial, una vez que tendrá que soportar ese prejuicio.

Aunque en algunas hipótesis se pueda hacer un contrato de pago en la procedencia del pedido, con la probabilidad de sustitución de la indemnización por una tutela específica ese incentivo del abogado es reducido, dificultando aún más la tutela del derecho.

En ese sentido es la doctrina de Lemos:

“Attorneys' fees typically account for most of the cost of litigation, and under the American rule for fees, each party pays its own attorney regardless of who wins and who loses. 28 Although contingency fee or "no win, no pay" arrangements may be available to low-income plaintiffs, high litigation costs coupled with a low expected recovery can make finding a lawyer difficult indeed. The problem is especially acute in areas where relief is likely to come in the form of an injunction rather than damages, but even monetary claims that are substantial from the perspective of the plaintiff may be too small-relative to the expense of litigation-to attract an attorney”.<sup>753</sup>

De modo a permitir y incentivar las personas a ir en búsqueda de sus derechos el sistema estadounidense ha hecho cambios, de donde se extrae que el incentivo a la litigación es una bandera que es defendida de manera a que se crien los incentivos para que los proveedores de productos y servicios adopten el nivel de cautela ideal. Así, cambios legislativos ocurrieron, con la publicación de varias leyes autorizando la parte vencedora a cobrar del perdedor los costes de abogado, como el Civil Rights Attorney's Fees Reward Act y el Fair Debit Collection Act.<sup>754</sup>

---

<sup>752</sup> Lemos, Margaret H., in *Special Incentives to Sue*, Minnesota Law Review, Disponible en [http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5185&context=faculty\\_scholarship](http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5185&context=faculty_scholarship), acceso en 14 de janeiro de 2017, p. 789.

<sup>753</sup> Lemos, Margaret H., in *Special Incentives to Sue*, Minnesota Law Review, Disponible en [http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5185&context=faculty\\_scholarship](http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5185&context=faculty_scholarship), acceso en 14 de janeiro de 2017, p.790.

<sup>754</sup> Lemos, Margaret H., in *Special Incentives to Sue*, Minnesota Law Review, Disponible en [http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5185&context=faculty\\_scholarship](http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5185&context=faculty_scholarship), acceso en 14 de janeiro de 2017, pp. 790-791.

Por su vez incentivos fueron creados que aumentaron la probabilidad de indemnización, de modo a que las personas busquen en juicio la protección por la violación de sus derechos. En ese escenario surgen los daños punitivos.<sup>755</sup>

Estos mecanismos pues objetivan incentivar la litigación de modo que al final el objetivo de atigrir a disuasión ideal sea alcanzado:

“A one-way fee shift permits more people to sue to enforce the relevant statute, thereby increasing the likelihood that violators will face sanctions. A damage enhancement raises the amount of damages available, and so should deter violations even if the rate of litigation stays the same”.<sup>756</sup>

Estudios empíricos hechos en algunos casos han ratificado ese punto, con el aumento de litigación en razón de leyes que establecieran daños punitivos. En ese sentido esclarece LEMOS que una emenda de 1991 al Título VII del Civil Right Acts estableció la posibilidad de que la parte reciba daños materiales, morales y punitivos entre \$50,000 y \$300,00 por acto de discriminación del empleador. Se produjo un incremento de litigación de casi 3(tres) veces después de la promulgación de la ley, aunque sin que tenga sido hecho una estadística formal sobre el caso.<sup>757</sup>

Sin embargo, con relación a esa materia la misma doctrina resalta que hubo una reducción de la tasa de litigio a partir de 1998. En mi punto de vista puede ser que ese facto tenga relación con la reducción de la discriminación, pues con la posibilidad y las condenas anteriores pasaron a adoptar un nivel de cuidado más grande.

Aduce LEMOS contrariamente que no hay prueba de que esa reducción esté relacionada con la queda de la discriminación, e que parece que está relacionada com "a growing awareness, especially with the prolonged lack of success on appeal, that employment discrimination plaintiffs have too tough a row to hoe."<sup>758</sup>

---

<sup>755</sup> Lemos, Margaret H., in *Special Incentives to Sue*, Minnesota Law Review, Disponible en [http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5185&context=faculty\\_scholarship](http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5185&context=faculty_scholarship), acceso en 14 de janeiro de 2017, pp. 791-792.

<sup>756</sup> Lemos, Margaret H., in *Special Incentives to Sue*, Minnesota Law Review, Disponible en [http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5185&context=faculty\\_scholarship](http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5185&context=faculty_scholarship), acceso en 14 de janeiro de 2017, p.793.

<sup>757</sup> Lemos, Margaret H., in *Special Incentives to Sue*, Minnesota Law Review, Disponible en [http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5185&context=faculty\\_scholarship](http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5185&context=faculty_scholarship), acceso en 14 de janeiro de 2017, p.800. Aclara LEMOS que la investigación promovida por Sean Farhang concluyó que hubo un aumento estadístico de procesos judiciales después de la emenda de 1991.

<sup>758</sup> Lemos, Margaret H., in *Special Incentives to Sue*, Minnesota Law Review, Disponible en [http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5185&context=faculty\\_scholarship](http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5185&context=faculty_scholarship), acceso en 14 de enero de 2017, p.844. Su raciocínio es de que algunas leyes que incentivan la litigación pueden ser rechazadas por los jueces, que no ven con buena mirada el aumento de demanda . “If judges react to heightened litigation rates with hostility, moving the law in an anti-plaintiff direction, fewer violators will be sued and fewer will be sanctioned. Voluntary compliance will decrease accordingly.”. Lemos, Margaret H. *idem, ibidem*, p.844.

Es importante añadir, aún, los estudios llevados a cabo con relación al Lanham Act, en que una emenda de 1984 autorizó la fijación de “treble damages”, sin que tenga aumentado el número de acciones civiles sobre el tema.<sup>759</sup>

Sin embargo, trae LEMOS misma doctrina otro ejemplo con relación al Fair Housing Act, cuando una emenda de 1988 retiró el límite máximo que se podría cobrar a título de daños punitivos. En el año de 1996 hubo un incremento de litigantes de casi 200% en comparación con el período de 1990, dos años después de promulgada la alteración legislativa.

El objetivo de esas medidas es alcanzar la prevención ideal, tanto singular como de terceros. Como explica la misma doctrina:

“The obvious purpose of statutory provisions like one-way fee shifts and enhanced damages is to promote compliance with federal law by making violations more costly. Potential violators will weigh the benefits of law-breaking against the expected penalty, which can be understood as the amount of damages multiplied by the probability that any given violator will be found liable and forced to pay. The higher the expected penalty, the greater the deterrent effect the penalty will have. A one-way fee shift permits more people to sue to enforce the relevant statute, thereby increasing the likelihood that violators will face sanctions. A damage enhancement raises the amount of damages available, and so should deter violations even if the rate of litigation stays the same.”<sup>760</sup>

De ese modo, sustituir esa indemnización por una tutela específica puede ser que sea prejudicial a la sociedad al final.

En regla habría una reducción del incentivo para ir a juicio, una vez que no habría un provecho más grande para la parte interesada. Además, aunque hubiera algún provecho, solamente el hecho de que este ocurra por medio de una tutela específica y no de un resarcimiento pecuniario reduciría la probabilidad de la parte ingresar con el pedido judicial en razón de los costes que soporta.

Sin embargo, es cierto igualmente que hay un aumento de los costes de litigación con el aumento del valor de la pretensión buscada. Eso es lo que sostiene POLINSKY:

---

<sup>759</sup> Según LEMOS, otros factores pueden explicar esa diversidad de resultados, como la cuantía ya significativa de daños compensatorios, por lo que los punitivos serían menos ventajosos, una vez que la utilidad marginal de la riqueza es decreciente, se reduce con su aumento, o en razón de la reconocida insolvencia del ofensor. Lemos, Margaret H., in *Special Incentives to Sue*, Minnesota Law Review, Disponible en [http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5185&context=faculty\\_scholarship](http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5185&context=faculty_scholarship), acceso en 14 de janeiro de 2017, p.804.

<sup>760</sup> Lemos, Margaret H., in *Special Incentives to Sue*, Minnesota Law Review, Disponible en [http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5185&context=faculty\\_scholarship](http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5185&context=faculty_scholarship), acceso en 14 de janeiro de 2017, p. 793.



“With respect to litigation costs, it is obvious that the greater the stakes in a case, the more the parties will spend in time and money at trial. Since the possibility of punitive damages raises the stakes at trial—often dramatically—the amount spent on litigation if the case goes to trial would tend to be higher than in cases with similar compensatory damages but without the prospect of punitive damages”<sup>761</sup>

De ese modo, es posible una reducción de los costes si el pedido nos es indemnización punitiva, pero si de una “injunction”, la sustitución de la medida por una tutela específica. Es decir: aunque se reduzcan los incentivos en razón del provecho económico perseguido, de otro lado no son esos totalmente eliminados, pues hay una compensación con la reducción de los costes procesales.

Además, nos muestra MILLER que “costs increase with delay. As the time between filing and trial increases, lawyers originally assigned to the case will retire, die, change firms, or be reassigned; new attorneys will need to familiarize themselves with the relevant facts and law. Even attorneys who stay with a case will need to refresh their memories periodically as delay increases. Matters of proof become more problematic as delay increases: physical evidence deteriorates or is lost; memories fade; witnesses die or disappear. Resources may need to be expended to perpetuate testimony or other evidence. Moreover, the law is not static: new decisions are regularly handed down and statutes enacted that affect the probable disposition of the case. Lawyers must conduct periodic research checks—or expend resources to remain current on given areas of law—in order to monitor developments relating to their cases”.<sup>762</sup>

Por su vez el principal objetivo de los daños punitivos en verdad, al incentivar los pedidos judiciales, es al final hacer con que el ofensor pague por todo el daño causado, de modo a crear el incentivo de adopción de la cautela ideal. Por lo tanto, objetivo que es más fácilmente atendido por medio de la tutela específica. Aunque ocurra una reducción de los incentivos para litigación, esos no son totalmente excluidos, y todavía sigue la mejor eficacia de la medida al alcanzar las metas.

De hecho, hay que mirar el otro lado. Por lo tanto, los aspectos positivos de la sustitución de la indemnización por una tutela específica. Los incentivos que esa puede generar en que otros vengán a juicio buscar la protección de su derecho.

Aunque la indemnización punitiva pueda generar puntos positivos (pues las personas van a buscar la tutela de su derecho), hay otros igualmente negativos (pues puede

---

<sup>761</sup> Polinsky, Mitchell A., *in Are Punitive Damages Really Insignificant, Predictable, and Rational? A Comment on Eisenberg et al.*, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 26, No. S2 (June 1997), pp. 663-677, p. 668.

<sup>762</sup> MILLER, Geoffrey P., *in Some thoughts on the equilibrium hypothesis*, 69 B.U. L. Rev. 561 1989, p. 565.

llevar a juicio personas que no tienen derecho), lo que muestra algunas ventajas de la sustitución de la medida por una tutela anticipada.

Siguiendo esa línea de razonamiento, la sustitución de la indemnización punitiva por una tutela específica puede generar una justicia más eficiente y célere, en razón de la reducción de las demandas, donde el lucro esperado al final se torna más grande, una vez que no se hace el descuento del tiempo de la litigación, reduciendo el problema de los costes y reforzando el incentivo para litigar.

Por lo tanto, ocurre fenómeno inverso que el presentado por MILLER: “In general, plaintiffs will find it rational to sue only if the expected gross returns from the suit (P)J, in Priest's terminology exceed the expected costs (C). Delay will reduce the effective value of JP to JPI  $(1 + i)t$ . Therefore, there will be cases at the margin that would be worth litigating only in the absence of delay; where there is delay, the plaintiff would be better off bearing the loss rather than bringing suit”.<sup>763</sup> Con la justicia más célere, más incentivos hay para ir a juicio.

De hecho, con la sustitución ni todos necesitan ir a juicio para tutela de su derecho, reduciendo el número de procesos y el tiempo de los fallos. Además, se muestra más asertiva en conseguir la internalización de los costes, lo que genera un incentivo más grande para adopción de la cautela y reduce las lesiones y demandas.

Y hay que señalar la importancia de la eficiencia judicial, de la rapidez en la solución de las lides, pues el sistema se retroalimenta. No solamente los costes indirectos por el descuento para el futuro generan un desincentivo para la litigación a los lesionados, lo que acaba causando más lesiones pues no hay internalización de los daños, produciendo más demandas y más retraso, cómo igualmente los costes directos afectan ese incentivo, y esos en particular crecen en razón del retraso.

De ese modo, al final puede ser que un incentivo más grande sea alcanzado de manera más eficaz con la posibilidad de sustitución de la indemnización punitiva por una tutela específica, pues habría una reducción de las demandas una vez que ni todos necesitarían ir a juicio para la tutela de su derecho, que sería garantizado por una acción única, con la reducción de los costes y generando más incentivos para la litigación.

Además, de manera más eficaz haría con que se internalizaran los costes de la conducta dañosa, llegando a una cautela más grande, generando menos lesiones. Por lo

---

<sup>763</sup> MILLER, Geoffrey P., in *Some thoughts on the equilibrium hypothesis*, 69 B.U. L. Rev. 561 1989, p. 562.

tanto, reducirían el tiempo del proceso y los costes a él relacionados. Así, en más hipótesis compensaría ir a juicio, pues los costes serían menores que el lucro esperado.

De hecho, cómo vimos hay igualmente el lado positivo en la sustitución de la indemnización por una tutela específica, pues atingiría a todos los interesados, trayendo una eficiencia más grande a la sociedad, y la adopción de la cautela ideal por los proveedores de productos y servicios.

Además, aunque la sustitución de la indemnización por una tutela específica genere la reducción de los incentivos para algunos, otros tendrían incólume su interés en la protección judicial individual, como resaltamos, y buscarían la tutela de su derecho, que acabaría por atingir favorablemente a todos. De hecho, los incentivos son reducidos, pero en face de toda la sociedad, por cierto, que muchos lesionados seguirían con interés en tutelar su derecho. Sea en razón de que la violación del derecho generó un perjuicio más grande para sí que para los demás, manteniendo su interés en la litigación, sea por la voluntad de producir pruebas y defender su derecho, sea por la voluntad de que sea hecha la justicia.

Para ilustrar la primera hipótesis podríase pensar en el ejemplo de la persona que sufrió un accidente con el vehículo que fuera vendido con la pieza de má calidad, facto que se repitió en otros de la misma flota, generando un daño X. Si para unos sería más costoso ir a juicio que soportar el perjuicio y cambiar la pieza, pues no sufrieron otros daño, para ese sigue teniendo ventaja en buscar la protección judicial de su derecho, facto que atingiría los otros favorablemente, con la sustitución de la indemnización punitiva por una tutela específica.

Además, como vimos y será otra vez asinalamos, no solamente el incentivo para tutela del derecho violado tiene como objetivo la indemnización, habiendo igualmente el interés que el ofensor pague por el daño para que no lo repita en face de sí o de terceros.<sup>764</sup>

Esclarece SHAVELL que dentre los incentivos para que la parte actue en conformidad con la ley es el de promover el bien estar de la sociedad. Si eso es al actuar en conformidad con las reglas jurídicas, hay de se pensar en el mismo incentivo con relación a la búsqueda por la justicia y cumplimiento de las reglas legales. Establece:

“The hypothesis that individuals behave in part to advance the interests of others, not just their narrowly personal wants, has been developed by many scholars, including philosophers such as Hume ([1751] 1957) and Smith ([1790] 1976) and in recent years by economists including Elster (1998), Frank (1988), Kaplow and Shavell (2007), and Rabin

---

<sup>764</sup> Investigación PUCRS.

(1993). The hypothesis has also been supported by natural scientists who argue that our moral capacities are to some degree the product of natural selection because these capacities furnish humans with a desire to behave in unselfish and broadly beneficial ways (see Darwin [1874] 1998, chap. 5; see also Haidt 2003; Hauser 2006; Pinker 1997).”<sup>765</sup>

Es importante destacar también que, como vimos, hay muchas previsiones legales que igualmente retiran de la parte vencedora el derecho de quedarse con la totalidad de los daños punitivos fijados, así como decisiones judiciales que sin embasamento legal están determinando la remesa de parte de la indemnización a un fondo y no se muestra como norma que los doctrinarios vean como de mala eficacia, produciendo un efecto negativo en la sociedad, más bien positivo con la remesa de parte de la cuantía a un Fondo o al Estado para el bien estar del grupo social.<sup>766</sup>

Aislado a cuestión ahora, considerando que los incentivos fueron suficientes para que la parte ingrese con el pedido en juicio, independientemente de la posibilidad de recibir una indemnización punitiva, analisemos los incentivos de la misma para pedir la indemnización punitiva cuando sea posible que el juez sustituya la indemnización por una tutela específica.

Debemos en un primer momento observar si se tratan de daños punitivos buscados de modo a evitar el enriquecimiento injustificado, o por una lesión a derecho de modo a que se internalicen los costes de la conducta que no adoptó la cautela ideal, lesionando un grupo de personas.

Ciertamente no hay que se falar en pérdida de los incentivos cuando se busca evitar el enriquecimiento injustificado, aunque se trate de lesión que atingió un grupo de personas. Como vimos, en esas hipótesis en que hubo un aumento de la riqueza del ofensor por el daño causado, cómo ocurre, por ejemplo, en la cobranza y pago en doble de una cuantía ilegalmente, hay que se determinar un incremento de la indenización, no solamente con la devolución de la cantía ilegal, pero aumentando la indemnización, que puede ser como establece la ley brasileña de defensa del consumidor, debendo pagar en doble la cuantía ilegal.

<sup>767</sup>

En esas hipótesis, aunque se determine una tutela específica con relación a los otros lesionados, permanece un incentivo para la búsqueda de la indemnización punitiva, pues

---

<sup>765</sup> SHAVELL, Steven in *When is Compliance with the Law Socially Desirable?*, Journal of Legal Studies, vol. 41 (January 2012)], disponible en <http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/2012-Shavell-JLS-Compliance%20with%20Law.pdf>, p. 2, footnote.

<sup>766</sup> SHARKEY, Catherine M., in *Punitive Damages as Societal Damage*, The Yale Law Journal, Volume 113, 2003-2004, Number 2, November 2003, pp.375-386.

<sup>767</sup> Art. 42, párrafo único del CDC.

la parte tendrá un incremento patrimonial igualmente, y no solamente la devolución del pago indebido.

Claro que hay que observar que esos incentivos son más grandes cuanto más grande sea la posibilidad de indemnización a ser paga en favor de la parte autora. Pero en esas hipótesis aunque reducido, se mantiene en regla ese incentivo.

Además, hay que observar cómo vimos que en muchas hipótesis el incentivo en razón de la posibilidad de condena en daños punitivos puede ser prejudicial, pues lleva a las Cortes personas que no tienen derecho o no sufriran lesión, en razón de la la cuantía a ser paga a título de indemnización punitiva.

Con relación al pleito de daños punitivos objetivando internalizar los costes, de manera a que se pague por el daño en toda su extensión, sin que ocurra enriquecimiento directo de la parte, se puede observar una reducción de los incentivos para la litigación cuanto a ese pedido.

La posibilidad de sustitución haría con que hubiera una reducción de interés en litigar por la condena a título de daños punitivos, una vez que la parte no recibiría cualquier incremento patrimonial en razón de la procedencia del pedido, que apenas determinaría que se rectificara el daño causado a las personas otras, como en el ejemplo anterior de determinar un “recall” para sustitución de una pieza de un vehículo automotor que tenía defecto.

Por lo tanto, el pedido de daños punitivos solamente beneficiaría terceros y no la parte que ingresó con la acción, que se limitaría a recibir una indemnización compensatoria de su daño.

Dos opciones aquí se presentan como medio para que la parte pleitee los daños punitivos aunque posible la sustitución por una tutela específica. Para que esa fuera una opción que se mantenga como posible y además indicada para la satisfacción de la pretensión de generar una disuasión ideal.

Una es el estudio que ya hicimos referencia con antelación de la PUCRS, en que establece como incentivo para la litigación hacer con que el ofensor pague por el daño, de manera a que no repitiera la conducta ilícita con otros.

Transcrivemos el trecho ya citado: “En el informe de la PUCRS, por ejemplo, en entrevista realizada con demandantes personas físicas, que enjuician procesos para tutela de sus derechos, quedó consignado que “los usuarios directos no raro asocian a menudo esa medida una intención que se podría denominar pedagógica, para que el ofensor aprenda que

no debería portarse así”, y que “Pasan las charlas de los entrevistados o deseo de buscar una reparación, asociado a la idea que no quieren ver que el problema se repita para otros”.<sup>768</sup>

Si para fines de búsqueda de la protección judicial individual se tiene ese incentivo, más aún se hace presente el incentivo para el pedido de condena en daños punitivos, y todavía con más fuerza por la posibilidad de sustitución por una tutela específica, pues este busca con más ahínco crear los incentivos para que sea adoptada la prevención necesaria, de modo a que el daño no se repita.

Por lo tanto, si de un lado la no fijación de una indemnización reduce los incentivos para el pedido de fijación de daños punitivos, de otro lado esos incentivos no son totalmente aniquilados, pues remanesce como objetivo evitar que el daño se mantenga y se repita en face de si o de otras personas.

Esa cuestión es analizada por LEMOS, que hace una crítica al modelo económico, una vez que no es capaz de analizar todas las variables, entre ellas la cuestión del incentivo personal para la litigación, aunque las variables económicas no sean totalmente favorables. Aclara:

“The economic model of litigation is stylized, of course. It assumes that plaintiffs are rational utility maximizers, that they are risk neutral, and that their litigation decisions are driven exclusively by economic concerns and not, for example, a desire for revenge or to have a “day in court. If real plaintiffs do not share those characteristics, or if other factors intervene that skew the litigation decision, then litigation incentives may not have their intended effect.”<sup>769</sup>

Otra cuestión que se pone y discutiremos en otras líneas dice respecto a la desnecesidad de un pedido expreso para fines de fijación de los daños punitivos. Por lo tanto, teniendo el juez conocimiento que la conducta generó daños en un grupo de personas, podría ex officio determinar la fijación de los daños punitivos, así como sustituir la indemnización por una tutela específica?

En esas hipótesis no se hablaría de necesidad de un pedido expreso de daños punitivos, de un incentivo para que el autor de la acción judicial pida la fijación de daños punitivos. La determinación de los daños y su sustitución por una tutela judicial se daría por

---

<sup>768</sup> PUCRS. Demandas judiciais e morosidade da justiça civil. EDITAL CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA 01/2009 Área Temática: Diagnóstico sobre as causas do progressivo aumento das demandas judiciais cíveis no Brasil, em especial das demandas repetitivas, bem como da morosidade da justiça civil. POA, 2001, p.68. Disponible en [http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat\\_pesquisa\\_pucrs\\_edital1\\_2009.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_pucrs_edital1_2009.pdf), visitado 13/10/2016.

<sup>769</sup> Lemos, Margaret H., in *Special Incentives to Sue*, Minnesota Law Review, Disponible en [http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5185&context=faculty\\_scholarship](http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5185&context=faculty_scholarship), acceso en 14 de janeiro de 2017, p.798.

decisión ex officio del juez, que podría tomarla al tener que fallar sobre conductas dañosas que atingen un grupo de personas, de modo a que se internalicen los costes del daño para que sea más ventajoso invertir una cautela más grande.

Esa cuestión de la posibilidad de fijación ex officio de una indemnización por el daño social causado fue debatida por los Jueces Federales de Brasil en el I FONAGE (Foro Nacional de Administración y Gestión Estratégica de la Justicia Federal) , aprobándose enunciado que autoriza la indemnización sin necesidad de pedido expreso, en los siguientes términos: El daño social consecuente de demandas repetitivas puede ser reconocido de oficio por el juez.<sup>770</sup>

De ese modo, la sustitución de una indemnización punitiva por una tutela específica no tendría un efecto de reducir las condenas a ese título, por la disminución del estímulo para el pedido específico, pues no hace falta el requerimiento de la parte para que el juez adopte la medida necesaria de modo a internalizar los costes de la conducta, y incentive al final que se adopte en nivel de cautela ideal, incluso teniendo la libertad de sustituir esa indemnización por una tutela específica, que atinge ese objetivo con más asertividad.

La conclusión a que se llega es que aunque ocurra un desincentivo a la litigación, no es posible calcularlo. Por otro lado los estudios igualmente no concluyen de manera positiva de que los daños punitivos aumentan la probabilidad de que personas van a juicio, como expusimos supra, habiendo análisis diversas en contradicción..

Además, los daños punitivos indemnizatórios ni siempre son positivos, pues generan incentivos a aquellos que no tienen derecho a ir a juicio con pedidos fraudulentos, lo que disminuye con la posibilidad de sustitución, otro punto favorable.

Por otro lado, es posible que la tutela específica genere incentivos, pues la tendencia es bajar los costes del proceso, directamente y indirectamente, pues con la eficiencia más grande hay un aprovechamiento más grande de la condena, que no sufre el descuento para el futuro.

Por su vez, una vez ingresando en juicio para la tutela de su derecho, el pedido de daños punitivos, cuando es posible la sustitución por una tutela específica, en regla debe se mantener incólume en hipótesis de evitar el enriquecimiento sin causa justa, pues habría en tesis un aumento patrimonial para el autor de la acción. El pedido de daños para attingir la disuasión por su vez puede sufrir un desincentivo.

---

770

Pero hay que señalar que ese desincentivo tendría razones económicas, que ni siempre guían las conductas de las partes, habiendo estímulos otros como el deseo de justicia que llevan muchos a juicio, y que tendrían incluso más incentivos con la medida específica, pues atingiría la disuasión de manera más asertiva, y entregaría el derecho a los titulares.

Además hay de se pensar sobre la posibilidad de condena de oficio en la indemnización punitiva así como la medida sustitutiva.

Analizaremos ahora la cuestión del "free rider" que para algunos sería una desventaja de la medida sustitutiva.

#### **3.3.4.2. La problemática del "Free rider"**

Como apuntan Stewart y Sustain, "[w]hen the social benefits of eliminating an unlawful activity are widely shared, the stake of any individual is often small and each individual can enjoy a "free rider" on the enforcement efforts of others. As a result, no individual may have sufficient incentive to bring suit."<sup>771</sup>

Ese problema surge todavía con más intensidad cuando si aplica la teoría que proponemos. De hecho, si no solamente indirectamente en razón de los incentivos creados por un fallo que determina la indemnización punitiva, de donde decurrirá una mejora en la producción y suministro de bienes, se tiene un beneficio que puede generar los problemas del "free rider", con mucho más razón esos pueden ocurrir en razón del fallo que determina la medida sustitutiva, pues se consigue la reparación del daño sufrido sin necesidad de ir a juicio. De ese modo, la tendencia es que los lesionados no busquen la tutela de su derecho, esperando que otros ingresen con la acción judicial.

Esa posibilidad de una reparación sin la necesidad de buscar la Justicia en verdad puede venir a reducir el número de acciones judiciales de personas que fueron lesionadas, pero no se puede olvidar que en muchos casos la víctima mantiene el interés en buscar la protección de su derecho violado, pues intentará hacerlo con más eficiencia, comprobando los daños sufridos. Por lo tanto, puede ser que reduzca el número de demandas, pero no suficiente para evitar que haya el ingreso en juicio de algunas, que con eso ya satisfaría el interés de todos. Además, hay igualmente la posibilidad analizada con antelación de que el daño sufrido

---

<sup>771</sup> Richard B. Stewart & Cass R. Sunstein, Public Programs and Private Rights, 95 HARV. L. REV. 1193, 1283-315 (1982).apud Lemos, Margaret H., in *Special Incentives to Sue*, Minnesota Law Review, Disponible en [http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5185&context=faculty\\_scholarship](http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5185&context=faculty_scholarship), acceso en 14 de janeiro de 2017.



por alguno sea más grande, como en hipótesis de coche con peiza defectuosa que haya generado un accidente con lesión corporal. A esos lesionados los incentivos de ir a juicio se mantendrían incólumes, no produciendo el efecto negativo del *free ride*.

De hecho, el "free rider" en esos casos se puede presentar como benéfico, y no como un problema que necesita una solución, si se parte de la premisa que hay un coste social en la judicialización de la lide, pues se gastará con el proceso, llenará el Poder Judiciário de demandas, lo que llevará a una reducción de la celeridad de decisión en otros procesos y procedimientos, generando un perjuicio a la sociedad. Otra consecuencia sería incluso un incremento en los costes por la necesidad de un aumento de número de jueces, servidores y Cortes.

Si puede haber una decisión que beneficia a todos, con mayor razón hay de ser esa aplicada, y priorizada, pues reduce el coste social de la litigación. Es decir: el "free rider" no sería un problema, pero si una solución a los gastos con el sistema judicial.

Además de los costes directos con la necesidad de aumento de las Cortes y gastos con el sistema hay los costes indirectos.

Nieto explica los costes que decurren de un exceso de litigación:

“Excessive litigation increases congestion and delay in the resolution of conflicts. Thus, the larger number of cases that enter the courts, the greater the delay in the care of new claims and the proportion of cases solved decreases over time. Congestion and delay is -in economic terms, the cost of litigation- making it more expensive and excluding the poorest sectors of society who end up subsidizing with their exclusion wealthier litigants who can afford the costs of delays(...)

The law and economics literature identifies the duration of trials as one of the factors affecting the individual decision to litigate. The duration is a result of congestion. In congested courts, like congested roads, the trials take longer to reach the end. Delay in a dispute reduces the present value of the potential judgment for a plaintiff thus decreasing the likelihood of litigation (Priest, 1989)”.<sup>772</sup>

El coste social de la congestión del Poder Judicial va más allá que el alejamiento de las partes más pobres, que no soportan el tiempo del proceso. Tiene reflejos igualmente en la posibilidad de no cumplimiento de contratos, pues se sabe que el pago solamente ocurriría después de un largo período. Por lo tanto, el descuento para el futuro implica igualmente en el

---

<sup>772</sup> Nieto, Rafael Mery, in *Court Fees: Charging the User as a Way to Mitigate Judicial Congestion* The Latin America and Iberian Journal of Law and Economics, Volume 1, Article 7, 2015, Disponible en <http://lajle.alacde.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1006&context=journal>, acceso en 14 de enero de 2017, p. 110.

incumplimiento de los contratos. Como esclarece Nieto, “ Court delay also affects primary behavior. The longer the trials the greater the incentives to breach contracts, as court delay gives the breaching party the chance to postpone payments. Consequently, the number of potential cases will be larger1 (Miller, 1989)”<sup>773</sup>

Otro problema que se presenta y que se reduciría con la disminución de acciones judiciales sería de la calidad de las decisiones judiciales. Con un número más grande de acciones para decidir, los jueces se fijan menos tiempo en cada proceso, con la consecuente reducción de la calidad de decisiones y fallos. Según Nieto, eso también ocurre por el emperoamiento de las evidencias colectadas con el objetivo de decidir la demanda.<sup>774</sup>

Por lo tanto, el exceso de litigación es prejudicial a la sociedad, y debe ser combatido. Sin embargo reafirmo mi entendimiento que en regla hay que se estimular la litigación siempre y cuando ocurra un daño, pues que solamente así los ofensores pasarían a adoptar el nivel ideal de cuidado, lo que reflatiría positivamente en la sociedad, con la reducción de lesiones, y como consecuencia, de acciones judiciales. Por lo tanto, el incentivo que se debe buscar es que los lesionados tengan satisfechos sus derechos, aunque en un primer momento ocurra un congestionamiento en el Poder Judicial, pues al final lo que ocurrirá será una mejora en el fornecimiento de productos y servicios, con la reducción de los daños y consecuentemente de las demandas.

Pero, si hay posibilidad de entrega del derecho violado sin la necesidad de que todos vayan a juicio, la solución no podría ser más satisfactoria, preservando el derecho y creando los incentivos a los productores y proveedores de productos y servicios, y además reparando los daños ocurridos. Así, la medida sustitutiva es beneficiosa en muchos aspectos, no se presentando el "free rider" como maléfico, pero si provechoso.

De ese modo, nuestra propuesta no visa reducir el acceso al Poder Judicial, pero sí traer una eficacia y eficiencia más grande a una acción individual, de modo que atinja a un grupo de personas. Por lo tanto, aunque genere un estímulo al "free rider", ese no sería totemnte prejudicial, pero sí traería en ciertos aspectos una positividad con la reducción del coste social.

---

<sup>773</sup> Nieto, Rafael Mery, in *Court Fees: Charging the User as a Way to Mitigate Judicial Congestion* The Latin America and Iberian Journal of Law and Economics, Volume 1, Article 7, 2015, Disponible en <http://aijle.alacde.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1006&context=journal>, acceso en 14 de enero de 2017, p. 110.

<sup>774</sup> Nieto, Rafael Mery, in *Court Fees: Charging the User as a Way to Mitigate Judicial Congestion* The Latin America and Iberian Journal of Law and Economics, Volume 1, Article 7, 2015, Disponible en <http://aijle.alacde.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1006&context=journal>, acceso en 14 de enero de 2017, p. 111.

Así, la reducción de personas que irán a juicio buscar la tutela de su derecho, en el modelo que proponemos, en que habrá una satisfacción en razón de la aplicación de la tutela específica, no causaría un perjuicio a la sociedad, pero si sería una ventaja, pues reduciría el número de demandas en curso.

Así, cómo una acción judicial podrá venir a satisfacer a todos, creo que el problema de free ride no se presenta como muy relevante. Incluso, se muestra como positivo, pues reduce el coste social de la litigación.

### **3.3.5. Cuestiones procesales.**

#### **3.3.5.1. ¿Acciones individuales y colectivas en curso-pérdida parcial del objeto o litispendencia?**

##### **3.3.5.1.1. No enjuiciadas.**

En lo que respecta a las acciones individuales y colectivas susceptibles de ser enjuiciadas, no hay grandes discusiones sobre la materia. Una vez juzgada procedente la acción individual que fijó los daños punitivos, y determinó la sustitución por tutela específica, los daños perpetrados serán reparados in natura, por fuerza de la orden sentencial. Así, en lo que se refiere al pedido reparatorio, habrá falta de interés por tomar medidas para enjuiciar la acción posterior, y cualquier demanda en este sentido deberá ser extinta sin juicio de mérito, con apoyo, en el ordenamiento jurídico brasileño, en el art. 485, VI del CPC(De hecho, con la satisfacción de la pretensión introductoria, carece la parte en acción individual o colectiva de interés en el enjuiciamiento de la demanda.

Por otro lado, eso no impide que eventuales intereses reflejos no hayan sido alcanzados con el fallo sentencial específico, permaneciendo intacto el interés de la parte en cuanto a este aspecto. Utilizando dos ejemplos ya mencionados en este trabajo, en la hipótesis de cobranza de tarifa ilegal generando la cobranza de intereses por la utilización del crédito rotativo en cuenta corriente. En este caso, concierne no solamente la cancelación del valor ilegal cobrado y pago en doble, no obstante también de los intereses consecuentes de esa cobranza.

De igual modo, en la hipótesis del automóvil adquirido con el fin de participar en una carrera, y habiendo sido desclasificado a razón de la baja velocidad imprimida, diversamente de la potencia anunciada, reconocer el derecho restante a una indemnización por la pérdida de una oportunidad.

Por lo tanto, en estos casos no habría teóricamente la pérdida del interés para litigar con relación a todos los pedidos de los beneficiarios del reclamo. Se produciría un efecto disuasorio parcial de nuevas acciones, por la falta de interés, ya que la demanda fue satisfecha.

De hecho, en algunas circunstancias puede haber daño residual que todavía deberá ser reparado a los terceros que se beneficiaron con la medida específica, como es el caso del ejemplo de la tasa cargada indebidamente por el banco al haber generado tasas de interés.

En este caso particular, el valor devuelto no sería capaz de eliminar la porción de la pretensión de la parte perjudicada a ver a su patrimonio restituido. Por lo tanto, el litigio podría seguir para la protección de la demanda restante.

Sin embargo, es posible que en estos casos, donde hay una lesión residual mínima del derecho, sea el litigio restante resuelto por medio de la transacción entre las partes, o incluso se quede sin satisfacción, en razón de la mínima lesión que quedó sin la protección judicial.

No hay como olvidar que sería posible que la decisión judicial tuviera comandos más específicos, con la determinación de devolución de la cuantía indebidamente cobrada y de eventuales daños económicos ocurridos por la carga indebida, en el caso, por ejemplo, del uso de los créditos renovables en cuenta corriente.

De hecho, debemos cuestionar si no podría la tutela específica abarcar igualmente esta hipótesis, determinando la cancelación de todo valor mayor cobrado. Considero que sería una hipótesis viable. No obstante, valorandola como inaplicable, quedaría la parte con interés en litigar para la obtención de este valor indebidamente debitado de su cuenta.

A menudo, sin embargo, no hay como lograr dicha eficacia siempre con la medida específica. En la hipótesis de retiro de vehículos, la posibilidad de la decisión judicial alejar eventuales acciones autónomas queda menos evidente. De hecho, en lo que respecta, por ejemplo, a una pieza de seguridad del vehículo que venga a romperse, causando lesiones corporales o la muerte, es necesario cuantificar el daño y hacer prueba de la pérdida, no habiendo como alejarse la necesidad, para la reparación de este daño, de una acción autónoma.

Por lo expuesto de concluye que nada impediría, de acuerdo con la teoría de los daños punitivos y aplicación de instituciones jurídicas ya solidificados, como la tutela específica, que haya dispuesto medidas judiciales para determinar la reparación del daño y eventuales consecuencias generadas, desde que no necesaria prueba del hecho, debiendo la decisión ser tomada caso a caso.

Al así proceder habrá más efectividad de la tutela, con la reducción de las demandas pues ya satisfecha la pretensión en su totalidad. Con relación a los procesos todavía no instaurados, tendría la consecuencia de muchas veces retirar el interés en litigar de las partes, sea en acciones individuales, sea en colectivas.

### **3.3.5.1.2. ¿En curso- pérdida parcial del objeto o litispendencia?**

#### **3.3.5.1.2.1. Ordenamiento jurídico brasileño**

A su vez, como regla general, existiendo acciones individuales y/o colectivas en curso, relativamente a un mismo objeto, apropiada la reunión de las acciones para juicio conjunto, con el fin de evitar juicios contradictorios. Así, el pedido de daños punitivos y tutela colectiva serán juzgados simultáneamente, sin el riesgo de decisiones conflictivas, y serán ejecutados en los fallos de la sentencia.

De hecho, como vimos, el nuevo CPC brasileño establece amplia posibilidad de reunión de acciones para evitar decisiones conflictivas. Esa es la redacción del artículo 55, párrafo tercero.

No obstante, si por error u omisión tal determinación de unificación no funciona, nos enfrentamos a dos hipótesis diversas, tratándose de acciones paralelas individuales, o individuales y colectivas.

En lo que respecta a la hipótesis de dos acciones individuales en curso, con pedido de daños punitivos y su sustitución por una tutela específica, no hay una eventual decisión que repercuta favorablemente en la esfera jurídica de ese tercero. De hecho, sometida la cuestión al escrutinio judicial, y constituido el contradictorio, siendo aún respetado el principio dispositivo y de acceso a la justicia, no hay manera de ampliar el campo de incidencia de la decisión para que alcancen a aquellos que están en litigio y optaron por enjuiciar su acción individual. Entiendo, inclusive, que la simple proposición ya demuestra el interés en litigar, sin ninguna disposición que autorice la suspensión de la acción, como lo hay en lo que se refiere a los procesos colectivos.

De ese modo, al decidir sobre daños punitivos y la tutela específica, hay un límite de objeto que no alcanza a todos los involucrados, no obstante solamente aquellos que no incitaron el aparato judicial.

De un lado, está el aspecto positivo, pues teniendo ciencia de este hecho, es posible que muchos esperen el desenlace del proceso individual para fines de enjuiciamiento

de su propia acción, aliviando aun más el Poder Judicial. Como vimos, el “free ride” no se presenta como desfavorable, pero en ese punto tiene un aspecto positivo

Posible sentencia de procedencia que condenase en tutela específica a título de daños punitivos apenas alcanzaría aquellos que optaron por no litigar, con el control de los eventuales beneficiarios por parte del demandado, que tiene el conocimiento sobre otras acciones enjuiciadas en su contra.

A su vez, en el caso que tramitaran por separado las acciones individuales y colectivas, no se tendría que hablar de litispendencia de pedido individual y colectivo, igualmente. De hecho, según la legislación brasileña, no hay litispendencia entre la acción colectiva e individual. Por otro lado, los efectos de la sentencia colectiva solamente alcanzan a terceros en caso de procedencia, no siendo la cosa juzgada en la hipótesis de decisión desfavorable (art. 103, III y parágrafo 2o).<sup>775</sup> La sentencia de procedencia en la acción colectiva solamente alcanzará favorablemente la parte, en el ordenamiento jurídico brasileño, si esta suspende la acción en el plazo de 30 días a partir de la ciencia de la acción colectiva (art. 104 do CDC).<sup>776</sup>

Del mismo modo, el pleito de daños punitivos y su sustitución por una tutela específica formulado autónomamente quedará intacto, apenas teniendo una pérdida del objeto en caso que la acción colectiva sea juzgada anteriormente y de forma favorable. Lo mismo pudiendo decir en cuanto a la acción colectiva, si la acción individual fuera prioritariamente apreciada, en cuanto a la extensión de este pedido punitivo que fue sustituido por una tutela específica, pudiendo quedar parte del objeto íntegro en la acción colectiva.

Es decir, una vez juzgada procedente la acción colectiva, habrá una falta de interés con relación a los daños punitivos y la medida específica. Igualmente, juzgada primero la acción individual, fijando daños punitivos y determinando la tutela específica a todos los lesionados, habría pérdida de interés en la acción colectiva, total o parcial.

Se debe observar que el pedido de los daños punitivos y la tutela específica no inducen litispendencia con relación a la acción colectiva, pues se trata de pedido formulado

---

<sup>775</sup> Art. 103. En las acciones colectivas de que trata este código, la sentencia constituye cosa juzgada:(...) III - erga omnes, apenas en el caso de procedencia del pedido, para beneficiar todas las víctimas y sus sucesores, en la hipótesis del inciso III del parágrafo único del art. 81.(...) § 2º En la hipótesis prevista en el inciso III, en caso de improcedencia del pedido, los interesados que no intervinieron en el proceso como litisconsortes podrán proponer acción de indemnización a título individual.

<sup>776</sup> Código de Defensa del Consumidor. Art. 104. Las acciones colectivas, previstas en los incisos I y II y del parágrafo único del art. 81, no inducen la litispendencia para las acciones individuales, no obstante los efectos de la cosa juzgada erga omnes o ultra partes a que aluden los incisos II y III del artículo anterior no beneficiarán los autores de las acciones individuales, sino fue requerida su suspensión en el plazo de treinta días, a partir de la ciencia en los autos de enjuiciamiento de la acción colectiva.

por la parte individual, aunque al final pueda alcanzar el objetivo propuesto por las acciones colectivas.

Así, tramitando en paralelo la acción individual y colectiva, la colectiva no tendría la destreza de producir efectos favorablemente o desfavorablemente al pedido individual, pudiendo, sin embargo, satisfacer la pretensión punitiva.

La circunstancial decisión de improcedencia en la acción colectiva no impediría el enjuiciamiento de otras acciones individuales, de la misma manera en relación al eventual juicio de improcedencia de los daños punitivos. Por consiguiente, no hay que hablar de litispendencia o, pues no hay identidad de las partes, pedidos o causa de pedir.

De todos los modos, la opción mas acertada sería el juzgamiento conjunto de las acciones individuales y colectivas, de manera a evitar decisiones contradictorias, reducir la carga suportada por el reo y tener una prestación mas eficaz.

#### **3.3.5.1.2.2. Ordenamiento jurídico español.**

Aquí, igualmente, se impone, por regla general, la reunión entre las acciones individuales con o sin pedido de daños punitivos y su sustitución por una tutela específica, y la acción colectiva.

Como fue explicado arriba, esa es la posición de VILAR y col, afirmando que en la hipótesis de acciones individuales y colectivas, versando sobre el mismo tema, la medida ideal a ser adoptada es la reunión de los hechos “para otorgar una mejor tutela y evitar posibles sentencias contradictorias.”<sup>777</sup>

En consecuencia, en el momento del juicio del pedido colectivo y de los daños punitivos y la medida específica, no habrán decisiones contradictorias, con la ejecución de decisión conjuntamente.

Lo mismo se dice de dos acciones individuales con pleito de daños punitivos y la tutela específica.

A su vez, en la hipótesis de por error no determinarse la reunión de los hechos para juicio conjunto, habiendo dos acciones individuales con daños punitivos y pedido de tutela específica, se aplica el mismo entendimiento expuesto anteriormente. Es decir: “no hay como una eventual decisión pueda repercutir favorablemente en la esfera jurídica de este tercero. En efecto, sometida la cuestión al escrutinio judicial, y formado la contradictoria,

---

<sup>777</sup> VILAR e col., in *Tutela de los consumidores y usuarios en la ley de enjuiciamiento civil*, Coord. Silvia BArona Vilar, 2a ed., Tirant lo blanch: Valencia, 2003, p.136

siendo respetado aún el principio dispositivo y de acceso a la justicia, no hay manera de ampliar el campo de incidencia de la decisión de modo que alcance aquellos que están en litigio y optaron por enjuiciar su acción individual. Considero, inclusive, que la simple propuesta ya demuestra el interés en litigar, no existiendo el dispositivo que autorice la suspensión de la acción, como lo hay con respecto a los procesos colectivos.

De ese modo, al decidir sobre los daños punitivos y la medida específica, hay un límite de objeto que no alcanza a todos los involucrados, no obstante, solamente aquellos que no incitaron el aparato judicial.

De un lado, como concluimos con antelación, está el aspecto positivo, pues teniendo ciencia de este hecho, es posible que muchos esperen el desenlace del proceso individual para fines de enjuiciamiento de su propia acción, aliviando aun más el Poder Judicial.

Posible sentencia de procedencia que condenase en tutela específica a título de daños punitivos apenas alcanzaría aquellos que optaron por no litigar, cabendo el control de esos excluidos, por cierto, al demandado, que tiene el conocimiento sobre otras acciones enjuiciadas en su contra.”

A su vez, existiendo una acción individual con pedido de daños punitivos, y acción colectiva por separado, la cuestión es más tormentosa. A la excepción de parte de la doctrina que entiende que la cosa juzgada en la acción colectiva opera *sucundum eventum litis*, solamente alcanzando los lesionados para beneficiarlos, y los que admiten la posibilidad de una auto exclusión posterior, probada la no ciencia efectiva de la acción colectiva, la mayoría de la doctrina española entiende que apenas no están submetidos a la cosa juzgada en la acción colectiva los que se auto excluyeron de la lide por medio del *opt out*.

De ese modo entiendo que el pedido de daños punitivos. apenas alcanza los que no están submetidos a la acción colectiva. Es decir: la decisión en acción colectiva alcanza a todos, salvo los que se excluyeron y los daños punitivos solamente pueden ser calculados con base en esos lesionados.

No obstante, puede resultar de difícil internalización la idea que los daños punitivos y la medida específica puedan ser reiterados sin que implique hacer cosa juzgada en favor del presunto ofensor, una vez juzgados improcedentes.

La verdad es que parte de estos daños están cubiertos por la cosa juzgada, dado que la parte autora ya no integrará más el cálculo y la pretensión de otra acción individual con pedido de daños punitivos. El valor de los daños, y por consiguiente la orden sentencial de la tutela específica ya no lo favorece más.



### 3.3.5.2. ¿Necesidad de pedido expreso?

Partiéndose del análisis del principio dispositivo, se podría pensar sobre la necesidad de pedido expreso para fines de aplicación de los daños punitivos y su sustitución por una tutela específica.

Este es, según RESEDÁ, el entendimiento que se solidificó en la jurisprudencia americana, informando el doctrinario que la Suprema Corte se posicionó en el sentido de la necesidad de pedido expreso para que haya condenación en daños punitivos<sup>778</sup>.

No obstante, otra forma de pensar esa cuestión sería con base en el objetivo intrínseco a la teoría de la responsabilidad civil, en que se visa no solo la compensación, pero si evitar la reiteración de la conducta ilícita y el enriquecimiento sin causa.

En ese ámbito, se observa que la indemnización compensatoria visa apenas alcanzar uno de los objetivos, no siendo capaz, en la actual sociedad regida por relaciones de masa, de estancar la probabilidad de repetición del acto lesivo, en virtud de la ventaja en las lesiones cometidas, y del enriquecimiento ilícito por parte del ofensor.

Tanto así lo es, que es hecho notorio, por ejemplo, la necesidad de intervención de agencias reguladoras para combatir el mal que alcanzan los consumidores en los mas diversos ámbitos. Cuantos de nosotros ya no intentamos cancelar la suscripción de televisión por pago o el acceso a internet, o teléfono celular y acabamos desistiendo después de inúmeras horas de espera en la línea. Lo que ocurrió fue la necesaria intervención de ANATEL, estableciendo la necesidad de ofrecer el cancelamiento por medio del servicio automático<sup>779</sup>.

La responsabilidad civil se rige por la extensión del daño y uno de los objetivos que tiene es la prevención y vedación del enriquecimiento sin causa, lo que demuestra que, en la actual sociedad regida por relaciones de masa, la indemnización visando solamente combatir la lesión individual no tiene base ni se sustenta, por medio de la necesidad de alcanzar los objetivos del sistema de responsabilidad civil.

Aunque se entienda que estos principios se deberían limitar a la disputa sometida a juicio, el paradigma ya fue quebrado desde el Siglo XIII, admitiéndose en el Reino Unido la

---

<sup>778</sup> RESEDÁ, *idem, ibidem*, p. 256

<sup>779</sup> <http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalNoticias.do?acao=carregaNoticia&codigo=32693>

Resolución 632 de 07 de marzo de 2014: Art. 27. El Centro de Atendimento Telefónico debe garantizar al Consumidor, en el primer nivel del sistema de autoatendimento, la opción de acceso al auxiliar, de reclamación y de cancelación del contrato § 1º La Prestadora que no sea clasificada como Prestadora de Pequeno Porte debe ofrecer la opción de cancelación del contrato de forma automática, sin intervención de auxiliares § 2º La opción de acceso al auxiliar debe constar de todos los niveles del sistema de autoatendimento.

aplicación de indemnización punitiva objetivando, así, evitar la reiteración de la conducta lesiva.

Por cierto, que con la Revolución Industrial ocurrida, en el Siglo XIX, esta interpretación jurídica ganó mayor amplitud y se fue solidificando, debido a la evolución de la sociedad y el surgimiento de lesiones de masa, que planteó la necesidad de reinterpretar el derecho.

Y es en ese sentido que entendemos que, aunque se quisiera dar una interpretación restrictiva a las normas jurídicas grabadas en el Código Civil y Procesal, este tipo de lectura de la ley no alcanza la teleología de la institución del cual se deriva, que es el sistema de responsabilidad civil.

Por toda esta necesidad de actualizar la interpretación jurídica, se hace necesario, con base en la sociedad de masa en que vivimos, dar una interpretación conforme a la realidad, asegurándose la correcta exegese de las normas, admitiendo la aplicación de daños punitivos y su sustitución por una tutela específica siempre y cuando sea necesaria para alcanzar el objetivo de responsabilidad civil.

Es decir, hay campo a una interpretación para admitirse la aplicación de la indemnización punitiva, así como la medida específica, aunque no haya pedido expreso de la parte, por ser ya pacificado jurisprudencialmente, inclusive, la posibilidad de pedido genérico en acciones indemnizatorias, por no poderse precisar la extensión del daño causado.<sup>780</sup>

EMEN: AGRAVIO REGLAMENTARIO EN EL RECURSO ESPECIAL – ACCIÓN CIVIL PÚBLICA – IMPUGNACIÓN AL VALOR DE LA CAUSA - DECISIÓN MONOCRÁTICA QUE NEGÓ SEGUIMIENTO AL RECLAMO. INSURGENCIA DE LA CASA BANCARIA. 1. El valor dado a la causa debe ser fijado de acuerdo con el contenido económico a ser obtenido en el hecho, conforme lo dispuesto en los arts. 258 y 259 del Código de Proceso Civil. Todavía, en la imposibilidad de la determinación inmediata del quantum de la pretendida indemnización, es lícito formular pedido genérico, hipótesis en que se admite que el valor de la causa sea estimado por el autor, en cuantía simbólica y provisoria, pasible de posterior adecuación al valor calculado por la sentencia o en el procedimiento de

---

<sup>780</sup> Hay que observar que eventual alegación de lesión al contradictorio y amplia defensa, si aun se podría sustentar en alguna instancia jurídica, en la hipótesis de condenación sin pedido expreso, con la entrada en vigor del nuevo Código de Proceso Civil quedará sin respaldo, una vez que determina al juez la apertura del panorama de cualquier punto que entienda relevante, para la manifestación por la parte, antes de proferir sentencia. Ley 13.105/2015.

Art. 10. El juez no puede decidir, en algún grado de jurisdicción, con base en el fundamento acerca del cual no se hayan dado a las partes oportunidad de manifestarse, aunque se trate de materia sobre la cual deba decidir el oficio.

liquidación. Precedentes. Estando el valor de la causa entrelazado, no a los beneficios patrimoniales inmediatos, no obstante, a los daños colectivos sufridos por los consumidores lesionados, imposible le sería a esta Corte Superior analizar si el valor atribuido a la causa sería o no exorbitante, sino mediante un análisis profundo de las circunstancias concretas de los autos, lo que es vedado por fuerza del enunciado 07 del Resumen del STJ. 2. Agravio reglamentario desprovisto. ..EMEN:AGRESP 201201683196

AGRESP - AGRAVIO REGLAMENTARIO EN EL RECURSO ESPECIAL - 1338053, DJE FECHA:01/04/2014 .DTPB:, STJ, QUINTO GRUPO; MARCO BUZZI.

Y eso se hace relevante inclusive para traer efectividad y eficiencia al sistema jurídico de responsabilidad civil, pues muchas de las lesiones alcanzan una gama de personas hiposuficientes técnicamente, que acaban por dejar de postular en juicio con los conocimientos técnicos necesarios, principalmente en la hipótesis de lesiones de pequeño monto individualmente analizadas, en que no se hace imprescindible la intervención de abogado, como en la hipótesis de microsistema de los juzgados especiales federales, siendo que la fijación de daños punitivos acabaría por alcanzar el objetivo de la responsabilidad civil, de evitar por parte de las empresas la reiteración de la conducta dolosa. Además, la tutela específica al final favorecería directamente esos lesionados, por medio de la reparación del derecho violado.<sup>781</sup>

Además, aunque se hable del principio dispositivo, no se puede olvidar que la propia legislación y su interpretación plantea la posibilidad de fijación de oficio de algunos pedidos considerados implícitos, como los intereses y corrección monetaria, honorarios de abogados y particularmente la tutela específica, tema principal de nuestro trabajo.

Con relación a este tema, fue aprobada en el I FONAGE enunciado que autoriza la indemnización del daño social (que en una de sus facetas corresponde al daño punitivo), sin necesidad de pedido expreso, en los siguientes términos: El daño social consecuente de demandas repetitivas puede ser reconocido de oficio por el juez.<sup>782</sup>

---

<sup>781</sup> Según RESEDÁ, la Suprema Corte Norte-americana establece la necesidad de pedido expreso, para fines de preservación del contradictorio y amplia defensa, *textualmente: A su vez, la Suprema Corte determinó que la Due Process Clause impide que un Estado venga a utilizar la indemnización consecuente del exemplary damage como una forma de castigar al ofensor cuando este no fue pedido en cuestión. Idem, ibidem, p. 256.*

<sup>782</sup> Disponible en <http://www.ajufe.org/intranet/ilionnet/ITcomunicados.sp?acao=detalhes&id=71340&1475204817576>

El daño social causado, por consiguiente, es igualmente combatido por medio da indemnización punitiva, así como por medio de su sustitución por una tutela específica, puesto que con eso el ofensor estaría pagando por todo el perjuicio causado.<sup>783</sup>

Aunque tratándose de forma apartada la institución del daño social, entendiendo este como aquel generado frente a la sociedad en el nivel de vida, por disminución del patrimonio moral y disminución de la calidad de vida, entiende BEZERRA que este puede ser concedido de oficio por el juez.

Entiendo que el daño punitivo pretende igualmente combatir el daño social causado, pues objetiva reparar todo el daño causado. Tal vez se pueda vislumbrar un minus del daño punitivo, en comparación al daño social, pues este incluiría también el daño consecuente del abrumamiento judicial en virtud de las disputas propuestas, causando un perjuicio a los que utilizan el sistema jurídico, puesto que su conducta repercutirá negativamente en la prestación jurisdiccional dirigida a sí.

De todos los modos, entiendo que parte del daño social es combatido por medio de la institución de los daños punitivos, debiendo ser usada la misma razón para la defensa del mismo derecho.

Como bien expone el doctrinario, para fines de evitar alegación de violación al principio contradictorio y amplia defensa, y salvaguardar el debido proceso legal, es necesario que cuando no haya pedido expreso de la condenación de daño social (y aquí agrego, daños punitivos y su sutitución por una tutela específica), deberá el juez, en el curso de la disputa, y antes de la fase de prueba, abrir a la parte el derecho a la manifestación y producción probatória frente a este supuesto daño. En Brasil, esa necesidad viene inclusive tipificada en el art. 9º y 10 del CPC.<sup>784</sup>

Por el expuesto, entendemos que de manera a atngir los objetivos del sistema de responsabilidad civil es posible que los daños punitivos, así como la tutela específica sea deferida por el juez ex offico, desde que se compruebe una violación de derecho de un grupo,

---

<sup>783</sup> Modernamente moldeado en el sistema de Ley común (common law), inicialmente en Inglaterra y posteriormente en los EUA, la teoría del daño punitivo (daño social, daño metaindividual o pena privada) defiende que la condenación civil, además de reparar los daños causados por el agente a la víctima, debe también disuadir el agente de cometer actitudes lesivas semejantes (teoría del valor de desestímulo) y castigarlo por el comportamiento antisocial. Eso porque, conforme las enseñanzas de Antônio Junqueira de Azevedo (2004), nostálgico professor de la USP, el daño social es una lesión no solo a la víctima directa del daño, pero principalmente a la sociedad como un todo, en su nivel de vida. Leite, Luciana Wolf, in *A responsabilidade civil e o dano punitivo*, p. 2. Disponible en <http://www.tjmg.jus.br/data/files/49/36/93/C3/88709310A3858E83180808FF/402011.pdf>, acceso el 13/10/2016.

<sup>784</sup> Art. 9º No se proferirá decisión contra una de las partes sin que ella sea previamente escuchada(...). Art. 10. El juez no puede decidir, en algún grado de jurisdicción, con base en fundamento respecto el cual no se ha dado a las partes oportunidad de manifestarse, aunque se trate de materia sobre la cual deba decidir de oficio.

o mismo un enriquecimiento sin causa justa. De todos los modos a respetar los principios del contradictorio y amplia defensa se debe autorizar a los reos la oportunidad de defensa con relación a esos puntos.

Sin embargo, de lo expuesto, si hubier entendimiento diverso de la necesidad de pedido expreso para la condena en daños punitivos, dejo la propuesta de lege ferenda para su inclusión como un pedido implícito, como suele ocurrir con los costes del proceso y honorarios advocatícios.

### **3.3.5.3. Posibilidad del juez fijar la medida sustitutiva en contrario al pedido indemnizatório.**

Como expresamos en líneas anteriores, los daños punitivos pretenden la internalización de los costos de la conducta ilícita o negligente que causó perjuicios a terceros, de modo que cree el incentivo necesario para la adopción del cuidado ideal y evitar la reiteración de conducta ilícita.

Siendo así, con el fin de reparar todo el daño social causado, esa indemnización podría ser sustituida por una medida que alcance el principal resultado buscado, determinando que el autor de la conducta dañosa repare in natura los daños causados.

Como un ejemplo de medida específica, pensemos en el cobro de tarifa bancaria cargada incorrectamente para una categoría de clientes de una institución financiera. La medida específica determinaría la sustitución del daño punitivo por la devolución del cargo indebidamente cobrado. Otro ejemplo sería si hubiera la venta de automóviles con una pieza no original. En lugar de fijar la determinación de los daños punitivos, se haría un reclamo para el reemplazo de las piezas.

Como observamos de los ordenamientos jurídicos en estudio, por medio de una interpretación conforme la Constitución, es de observarse que la forma de tutela prioritaria a ser perseguida es la específica.

Sin embargo, hay opiniones contradictorias, como lo habíamos visto, entendiendo algunos que caben al demandante litigar la reparación que elija, otros que dejan la solución en manos del magistrado, e inclusive manifestaciones que el acusado tendría derecho subjetivo a la reparación in natura.

Entiendo, como se explicó anteriormente, que la reparación in natura sería la medida primordial, cabe algunas veces la opción del magistrado a depender del interés en disputa y residualmente del demandante y demandado.

Analizemos aquí la cuestión de si sería posible la determinación de la reparación in natura incluso si el postulante requiere la indemnización por el equivalente. ¿Es decir, en nuestro sistema, debido a la efectividad de la tutela podría imponerse una reparación in natura, a pesar de diversos pedidos del demandante?

Considero que, aunque se entienda posible la elección de la tutela por parte del demandante, eso ocurre cuando no existan otros intereses en juego, como un interés público, aunque reflejo, pues en esos casos, la palabra final debe caber al magistrado, adoptando la decisión que mejor se adecue al caso concreto.

Siempre que la tutela específica alcance otros intereses positivamente, esta deberá ser adoptada, dejando la decisión al magistrado, principalmente en el ámbito de los daños punitivos, para que sean satisfechos los principios de la responsabilidad civil de forma más contundente, como el disuasorio y preventivo.

Analizando las normativas legales, como vimos, muchas hacen referencia, en su mayoría, a la reparación in natura del daño causado, la colocando como fuente primera a ser buscada, debiendo ser perseguido este objetivo en el momento de la decisión. De hecho, el interés a ser protegido en juicio es la reparación del daño, y debe ser realizado de modo que le den a quien tiene el derecho, todo lo que tiene, en el menor espacio de tiempo posible.

En el derecho español son varias las normas que se refieren a la reparación específica, como ya expusimos en líneas anteriores. Así, el art. 1902 del Código Civil español, textualmente:

“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.<sup>785</sup>

Del mismo modo, el art. 379, textualmente:

Art. 379. Cuando el dueño de la cosa accesorio ha hecho su incorporación de mala fe, pierde la cosa incorporada y tiene la obligación de indemnizar al propietario de la principal los perjuicios que haya sufrido.

Si el que ha procedido de mala fe es el dueño de la cosa principal, el que lo sea de la accesorio tendrá derecho a optar entre que aquél le pague su valor o que la cosa de su pertenencia se separe, aunque para ello haya que destruir la principal; y en ambos casos, además, habrá lugar a la indemnización de daños y perjuicios.

---

<sup>785</sup> GUTIERREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, p.93.

Si cualquiera de los dueños ha hecho la incorporación a vista, ciencia y paciencia y sin oposición del otro, se determinarán los derechos respectivos en la forma dispuesta para el caso de haber obrado de buena fe.

En el derecho brasileño, se puede encontrar que el poder ejecutorio del juez ha sido establecido a través de varias disposiciones legales anteriormente citadas, como el art. 536 y ss del CPC, textualmente:

Art. 536. En el cumplimiento de sentencia que reconozca la exigibilidad de obligación de hacer o de no hacer, el juez podrá, de oficio o a requerimiento, para la realización de la tutela específica o la obtención de tutela por el resultado práctico equivalente, determinar las medidas necesarias a satisfacción del acreedor.

§ 1º Para cumplir lo dispuesto en el primer párrafo, el juez podrá determinar, entre otras medidas, la imposición de multa, la búsqueda de aprehensión, la supresión de personas y cosas, la anulación de obras y el impedimento de actividad nociva, pudiendo, caso necesario, requerir el auxilio de fuerza policial.

(...)

Art. 538. No cumplida la obligación de entregar el bien en el plazo establecido en la sentencia, será expedido el mandato de búsqueda y aprehensión o de omisión a favor del acreedor, conforme se trata de un bien mueble o inmueble.

Diversa no es la redacción del art. 139 del CPC, inciso IV:

Art. 139. El juez dirigirá el proceso conforme las disposiciones de este Código, encargándose:(...)

IV - determinar todas las medidas tácitas, coercitivas, mandatorias o subrogatorias necesarias para asegurar el cumplimiento de orden judicial, inclusive en las acciones que tengan por objeto prestación pecuniaria;

Por cierto, que no se olvida las redacciones de los arts. 497 al 499, al establecer la posibilidad de opción por el demandante por la fijación de la tutela específica o por el equivalente:

Art. 497. En la acción que tenga por objeto la prestación de hacer o de no hacer, el juez, si procede la solicitud, concederá la tutela específica o determinará providencias que aseguren la obtención de tutela por el resultado práctico equivalente.

Parágrafo único. Para la concesión de la tutela específica destinada a inhibir la práctica, la reiteración o la continuación de un ilícito, o su remoción, es irrelevante la demostración de la ocurrencia del daño o de la existencia de culpa o dolo.

Art. 498. En la acción que tenga por objeto la entrega del bien, el juez, al conceder la tutela específica, fijará el plazo para el cumplimiento de la obligación.

Parágrafo único. Tratándose de la entrega del bien determinado por género y cantidad, el autor individualizará en la petición inicial, si le conviene la elección, o,

si la elección le conviene al acusado, este la entregará individualizada, en el plazo fijado por el juez.

Art. 499. La obligación solamente será convertida en daños y pérdidas si el autor lo requiere o si es imposible la tutela específica o la obtención de tutela por el resultado práctico equivalente.

Se ha de cuestionar si esta última permisiva estaría legitimada dentro de un análisis macro del ordenamiento jurídico. Realmente, incumplido el contrato o perpetrado un daño, la consecución correcta del derecho impondría en tesis una reparación in natura. El deudor debería pagar por el daño, restituyendo el bien al status quo ante, más una indemnización por los posibles perjuicios causados.

Por lo tanto, aunque admitida la opción del deudor, esa norma debe ser leída con gran escepticismo (*cum grano salis*), de modo que admita la intervención del magistrado en el momento que sea necesaria para alcanzar mejor los objetivos perseguidos en juicio.

Además, inclusive habría, de indagar si el demandado no tendría derecho subjetivo a la reparación in natura, dentro de un análisis bilateral de los derechos y deberes consecuentes de la relación jurídica.

Es decir, se podría indagar si no le convendría, ante el pleito formulado por el demandante de indemnización por el equivalente, sublevar al deudor contra la determinación de pago de indemnización, solicitando la determinación de la reparación in natura del daño causado. ¿El principio dispositivo podría quitarle al deudor este derecho? Se entiende que la materia constituye un caso de difícil resolución en el cual la doctrina no es pacífica. La legislación consumista brasilera, por ejemplo, ya prevé las formas de reparación del daño, in natura, conforme se desprende del art. 18, como fue visto anteriormente, que determina la reparación del producto, solamente admitiendo la indemnización de pérdidas y daños caso en que esta no ocurra en tiempo y modo hábil. Establece la norma:

Art. 18. Los proveedores de productos de consumo durables o no durables responden solidariamente por los vicios de calidad o cantidad que los tornen impropios o inadecuados al consumo al que se destinan o les disminuyan el valor, así como por aquellos derivados de la disparidad, con indicaciones constantes del recipiente, del embalaje, rótulos o mensajes de publicidad, respetadas las variaciones consecuentes de su naturaleza, pudiendo el consumidor exigir la sustitución de las partes viciadas.

§ 1º No siendo el vicio sanado en el plazo máximo de treinta días, puede el consumidor exigir, alternativamente y a su elección:



Es decir, aquí prima el derecho del deudor en la aplicación de la tutela específica a su favor, otorgándole el derecho de reparar el daño in natura del producto presentado antes de la eventual fijación de una tutela por el equivalente.

En el derecho español, como vimos en líneas anteriores, esta es la posición de una parte importante de la jurisprudencia en lo que respecta, por ejemplo, a la Ley de Ordenación de la Edificación de 1999.<sup>786</sup>

Además, como se ha mencionado, y aquí repetimos, existen decisiones jurisprudenciales y entendimiento doctrinario que apuntan al derecho subjetivo del deudor a dar la oportunidad a este a reparar in natura el daño causado, y que no sea condenado en pérdidas y daños. Como explica GUTIÉRREZ, “según una doctrina, en sede del artículo 1591 del Código Civil- o este precepto en relación o coordinación con el artículo 1098 del mismo cuerpo legal-el juzgador no puede condenar al demandado a satisfacer al actor una cantidad de dinero en concepto de autoreparación proyectada (o consumada antes del proceso), sin que a aquél se le ofrezca primero la posibilidad de que dicha reparación sea realizada por él mismo y con sus propios recursos. De los artículos 1098 del Código Civil y 706 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se desprendería con claridad que la ejecución “acosta del deudor” y, más aún, la indemnización pura de los daños, es una solución jerárquicamente subordinada a que el deudor no cumpla con la obligación establecida en la sentencia de condena, o lo haga indebidamente(de nuevo), sin que baste haber incumplido antes del proceso la obligación material de entregar un inmueble idóneo (SSTS 12/12/1990(9140/1990), 17/3/1995(1616/1995), 13/07/2005(4759/2005) y 14/07/2003(4955/2003)”.<sup>787</sup>

Como ya observamos, y ahora reiteramos, otras decisiones judiciales y opiniones doctrinarias siguen ese mismo entendimiento, con algunas variaciones. Así, por ejemplo, reiterando la citación realizada líneas atrás, GUTIÉRREZ resalta que algunos entienden que habría una jerarquía de soluciones resarcitorias, y que solamente podría ser convertida en pérdidas y daños después de agotar las posibilidades previstas en la ley, y desde que haya sido rechazada por el deudor la posibilidad de reparación in natura del daño por su parte. En decisiones citadas por la misma autora, aparece la subsidiariedad de la indemnización por el equivalente con relación a la tutela específica.

---

<sup>786</sup> GUTIÉRREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, p.159.

<sup>787</sup> GUTIÉRREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, p.164.

Es decir: en regla hay que reparar el daño in natura, autorizándose al magistrado determinar esa medida ex officio, aunque no buscada por el ofendido, siempre que atinja con más asertividad los principios buscados por el sistema de responsabilidad civil, principalmente la prevención, que es lo que ocurre en la hipótesis de daños punitivos.

Y en regla no vemos vicios constitucionales, incluso autorizándose en muchos diplomas legislativos al ofensor pleitear que le sea dada la oportunidad de reparar el daño antes de eventual indemnización por el equivalente. Si se permite al ofensor, con mayor razón al juez, para alcanzar los objetivos de la responsabilidad civil.

Sin embargo, si se interpretar que la concretización del derecho constitucional se dio salvo de vicios o críticas, primando el legislador ordinario por la concretización del principio dispositivo en su más alto grado, dando al demandante el derecho y poder de delimitar la disputa, formulando el pleito que considera más conveniente para la satisfacción de su pretensión, no le competiría al juez la determinación del cumplimiento específico, ante pleito indemnizatorio formulado.

Es decir, dos hipótesis se abren: o se admite un poder mayor al juez y al demandado, o la parte dispone siempre del derecho de formular pedido indemnizatorio en detrimento de la tutela específica.

Optándose por la primera interpretación, no se vislumbran problemas en el momento de la aplicación de la teoría de los daños punitivos, y su sustitución por la tutela específica. Sin embargo, dándole primacía a la voluntad de la parte demandante, se puede vislumbrar un problema en la aplicación de la tutela específica. Realmente, en general las partes optarían por un pleito indemnizatorio, pues por medio de este obtendrían incremento patrimonial por encima de la indemnización compensatoria.

No obstante, considero que la discrecionalidad de la parte sufre mitigaciones. Mismo admitiéndose que el principio dispositivo daría el tono, por regla general, en la relación procesal, correspondiéndole a la parte demandante fijar los límites de la disputa, se debe vislumbrar que, en casos puntuales, como en la hipótesis de daños punitivos, está garantizada la injerencia judicial, siempre que la decisión alcance mejor los objetivos del sistema de responsabilidad civil.

En la hipótesis de los daños punitivos, por ejemplo, los objetivos perseguidos por la institución que no buscan satisfacer la pretensión individual de la parte, no obstante, si lograr los objetivos del sistema de responsabilidad civil.

Es decir, no objetiva en sí el pago del valor por encima de lo compensatorio para satisfacer el litigante, pero si para alcanzar los demás objetivos del sistema de

responsabilidad, principalmente el disuasorio y preventivo, bien como el de evitar enriquecimiento sin causa, trayendo los incentivos para que el demandado no repita la conducta ilícita o adopte el cuidado necesario.

En ese sentido, se observa que el ámbito de la decisión judicial cambia de línea. Esta no es pensada en virtud del demandante, una vez que el objetivo compensatorio satisfaga parte de su pretensión, pero sin del demandado y de la sociedad, de esta forma imponiéndose una sanción (por encima de aquella que resulta de la compensación determinada), y creando los incentivos para la adopción de una conducta correcta.

Por lo tanto, siendo modificado el enfoque de la relación procesal en cuanto a este pleito específico, considero que hay que admitir al juez un amplio espectro de discrecionalidad en el momento de la fijación de los daños punitivos, de modo que alcance la plena satisfacción del derecho material puesto en juicio, logrando los objetivos específicos del sistema de responsabilidad civil.

Y tal interpretación no carece de ejemplos prácticos y fundamentos doctrinarios y jurídicos. La autonomía de la parte y principio dispositivo también sufren limitaciones, con el fin de proteger de forma más precisa los derechos subjetivos en juego.

Así, como vimos, entiende GARCÍA LÓPEZ que el principio dispositivo se limita a que la parte litigue la reparación del daño, pero no la forma como esta acontecerá.<sup>788</sup>

En el mismo sentido apunta la tese de adecuación que se ha mencionado por GUTIÉRREZ, aduce que “La obligación de reparar el daño presenta un contenido múltiple y variable, en cuanto la reparación del daño-finalidad única-puede obtenerse a través de diferentes medios. Cuál sea en cada caso el medio a utilizar es algo que debe hacerse depender del objeto, la naturaleza y las circunstancias del daño: en definitiva, estas coordenadas nos indicarán la adecuación o pertinencia del medio a elegir(...)

Lo que el perjudicado tiene derecho a hacer efectivo en sus propios términos es, simplemente, el derecho a que, sea como sea, le sea reparado el daño”.<sup>789</sup>

Y es esa la conclusión que se debe extraer a contrario sensu de la doctrina que limita el derecho, y entrega distintas prestaciones de las que la parte litigó inicialmente, sustituyendo la tutela específica por una indemnización por el equivalente. En realidad, la doctrina española en parte admite la fijación de indemnización en sustitución a la tutela

---

<sup>788</sup> GRACÍA LÓPEZ, Ramón y RUBIO TORRANO, Enrique: *Responsabilidad civil por daños morales (doctrina y jurisprudencia)*, Bosch, Madrid, 1990, pp.117-119, apud GUTIÉRREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 211-212.

<sup>789</sup> GUTIÉRREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, p.224.

específica, cuando el cumplimiento in natura se muestra excesivamente oneroso o desproporcional a la utilidad que generaría.

Es decir, si se admite, para salvaguardar mejor los intereses del ofensor en juicio, la fijación de indemnización en sustitución a la tutela específica, con mucha más razón hay de admitir y entender prioritaria la fijación de tutela específica, aunque litigada la indemnización, principalmente en la hipótesis de daños punitivos, ya que solamente así se alcance con mayor precisión el objetivo perseguido.

Sustentando opinion en contrario a la prioridad de la tutela específica, trae GUTIÉRREZ la limitación a la que se somete el autor, en la hipótesis de onerosidad excesiva. Manifiesta que la jurisprudencia que admite el derecho a la tutela específica es relativa, pues no se sustenta en la hipótesis de onerosidad excesiva.<sup>790</sup>

Dentro de los fundamentos que pretenden justificar esta opción, alegan el análisis del costo y utilidad en la reparación en forma específica. Es decir, el análisis de onerosidad excesiva “supone siempre una comparación entre ambas formas de resarcimiento, que lleva a excepcionar la reparación específica siempre que su coste supere, de forma significativa, el del resarcimiento pecuniario”.

Tengo mis reservas en aceptar ese entendimiento, una vez que considero que la tutela específica debe ser siempre priorizada. De cualquier manera, como dicho, al final acaba por justificar la opción inversa, de aplicación de la tutela específica, aunque se litigue la indemnización por el equivalente, una vez que en ciertas hipótesis la utilidad en la medida es mucho mayor a la indemnización por el equivalente, con el alcance de forma más precisa de los objetivos del sistema de responsabilidad civil. Estimando los costos y beneficios de ambas, se inclina por la tutela específica.

Ciertamente, si en provecho de un interés individual del demandado se admite la tutela por el equivalente, aunque destinada principalmente la tutela específica, con mayor razón se admitirá la tutela específica en sustitución a la tutela por el equivalente, siempre que sea más eficaz y cuando el daño a ser reparado repercute positivamente en la sociedad.

Además, la posición que trae GUTIÉRREZ no parece sin fundamento, y no retira por si la prioridad de la tutela específica. De hecho, antes la reafirma, dándola como principal medida a ser buscada, apenas admitiendo que en algunos casos de onerosidad excesiva esa no deba prevalecer, pues mucho más costosa que la indemnización por el equivalente. Por lo

---

<sup>790</sup> GUTIÉRREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, p.213.

tanto, es prioritaria, pero en algunos casos de excesiva desproporcionalidad entre las medidas se hace más efectivo mantener la indemnización por los daños punitivos.

Corroborando la prioridad de la tutela específica y la mayor discrecionalidad judicial, plantea GUTIÉRREZ el entendimiento de CARRASCO PERERA en el ámbito judicial de daños a edificios y automóviles, que no habría incongruencia en la decisión que manda reparar in natura, cuando hubiera pleito de resarcimiento, ocurriendo vicio de la decisión en la sentencia opuesta.

Como ejemplo práctico podríamos imaginar la hipótesis de una discoteca que esté operando con ruido por encima de los límites legales perjudicando la salud de los vecinos. Presentando una acción individual, aunque el pedido sea de tutela por el equivalente, deberá el juez optar por la tutela específica, en sustitución al pleito formulado, ya que será más eficaz que una eventual indemnización, y repercutirá positivamente en la sociedad. Así, el interés individual de resarcimiento no se puede sobreponer a una tutela más eficaz, inclusive, en la reparación del daño causado.

De ese modo, como regla general se debe dar primacía a la tutela específica. La discrecionalidad dada al juez debe basarse en la mejor opción en el caso concreto. Es un poder-deber.

Sin embargo, debe ser aplicable la indemnización cuando el Poder Judicial no la entender relevante para la tutela de los intereses en análisis, o en el instante en que esta no sea más eficaz.<sup>791</sup> Por ejemplo, en la hipótesis del alquiler del carro para participar de una carrera, y el carro vino con el motor con una menor potencia que la adquirida. La reposición del automóvil por otro sería ineficaz para la parte lesionada, una vez que la carrera ya aconteció.

Por fin, cuando haya la onerosidad excesiva, se debe admitirse la adopción de una medida u otra, fijando el juez la medida que sea más razonable.

De hecho, ni siempre hay que excluir la tutela específica cuando haya onerosidad excesiva, como por ejemplo en una invasión de propiedad de varias personas y construcción de unos depósitos. Aquí entiendo que, aunque implique onerosidad excesiva se puede determinar la medida específica, para devolución del área y demolición de las construcciones. Si no se crean los incentivos correctos, el derecho de propiedad restaría violado, y reducida la seguridad jurídica imprescindible para una mayor eficacia de las transacciones comerciales, y reducción de los costes de transacción.

---

<sup>791</sup> Y siempre y cuando el deudor no se levante en contra de la tutela específica, desde que autorizado por ley su derecho a una tutela específica.

Entiendo que, aunque una indemnización pueda generar más riqueza en un análisis microeconómico, si se pone en la balanza todos los factores que son afectados por una medida ilegal es posible que sea más ventaja para la sociedad la adopción de la medida específica.

En efecto, ¿cuanto no se pasaría a gastar en seguridad y protección de la propiedad para que no ocurriera lo mismo con otros propietarios?

Aquí igualmente trago al análisis la hipótesis ya comentada del caso *Grimshaw v. Ford Motor Co.* (1981), donde hubo la muerte de Lily Gray y daños a Richard Grimshaw por una fabricación de baja calidad del Ford Pinto. Fue hecha un análisis de coste beneficio para no cambiar el diseño del vehículo, pues sería más económico pagar por posibles daños, incluso el óbito, que cambiar el modelo. Además de las cuestiones relacionadas a la ética en relación a monetizar la vida humana, hay un posible análisis de coste que no fue hecha, un coste que soporta toda la sociedad, que en ese caso se revertiría en los gastos que los consumidores pasaron a enfrentar en hacer un análisis más meticuloso del producto, los costes de abogado, los costes del seguro, que son repasados a los posibles consumidores.

Mucho más eficaz que la indemnización punitiva sería la medida que determinara, además de la indemnización compensatoria, un *recall* de los automóviles para el cambio de modelo. Sin olvidar que en esa hipótesis se podría en razón del enriquecimiento injusto (una vez que ha procedido de manera a economizar una cuantía en la producción del coche), fijar una indemnización punitiva a título de evitar ese acrisimo patrimonial indirecto.

De ese modo, no hay que cerrar la puerta para la posibilidad del magistrado, en ciertas hipótesis, determinar la medida que atiende mejor al interés público. Se debe admitir la injerencia judicial para la fijación del medio más eficaz y apropiado para la solución de la disputa.

Es decir, aunque el demandante litigue la tutela por el equivalente, sea porque es un derecho subjetivo del demandado, que protesta contra la tutela por el equivalente, sea porque no es la mejor opción percibida por los intereses en juego, podrá el magistrado determinar la reparación in natura del daño.

De todos modos, es válido plantear lo que demuestra que el daño debe ser reparado de la forma más eficaz para alcanzar los objetivos del sistema de responsabilidad civil. Por consiguiente, afirma GUTIÉRREZ que se debe optar por la reparación “que sea más apropiada a la naturaleza y gravedad del daño y en atención a todas las circunstancias

concurrentes, es decir, la reparación debe hacerse de la manera que mejor se ajuste o adecue al tipo y entidad del daño en cada caso”.<sup>792</sup>

Justamente lo que ocurre con la hipótesis de los daños punitivos, tratándose del tipo de reparación *sui generis*, que pretende internalizar los costos de la conducta dañosa, en muchas hipótesis sería más eficaz su sustitución por una tutela específica, determinando la reparación *in natura*, que la simple indemnización monetaria, pues determinaría el retorno de las cosas al status quo, alcanzando con más eficacia el objetivo disuasorio existente.

Pasemos a analizar sucintamente la consecuencia que la medida puede tener en otros procesos, con relación a la garantía de la cosa juzgada.

#### **3.3.5.4. Posibilidad de condena por una tutela específica y daño punitivo.**

Hay que señalar que la posibilidad de sustitución de la indemnización por una tutela específica no vacía la posibilidad de aplicación conjunta de las dos medidas. Es decir: hay hipótesis que el daño generado al consumidor, por ejemplo, va más allá del defecto del producto, causando una lesión corporal. En esas hipótesis la reparación *in natura* apenas alcanzaría la sustitución del producto, pero los daños corporales además deberían ser indemnizados en dinero. Es posible aún que esas lesiones tengan ocurrido con un grupo de personas, por lo que sería posible la fijación de daños punitivos indemnizatorios juntamente con la tutela específica determinando el cambio del producto defectuoso a todos los consumidores.

En estos casos la indemnización punitiva sería calculada por la probabilidad inversa de la responsabilidad por las lesiones corporales, y la tutela específica determinaría el *recall* del producto.

Seguramente en esos procesos la condena en daños punitivos indemnizatorios enfrentaría los problemas antes presentados, pero no deja de ser una solución beneficiosa, pues permite en parte la aplicación de la teoría propuesta. Además, como se puntuó, en muchas hipótesis la acumulación se hace importante, como un medio, por ejemplo, de

---

<sup>792</sup> GUTIERREZ, Paloma Tapia, in *La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado*, Dykinson, Madrid, 2013, p.225.

mantener los incentivos necesarios para que la parte va a juicio buscar la tutela de su derecho y la condena en daños punitivos.

### **3.3.5.5. Cosa Juzgada.**

Hay cosa juzgada cuando existe identidad de partes, pedidos y causa de pedir. Con respecto a los daños punitivos y la medida específica, estos pueden ser disputados en una acción individual o colectiva. Una vez juzgada la cuestión en acción individual o colectiva, ¿Puede el pedido ser renovado, en otra acción individual?

Bien, como es sabido, la cosa juzgada para que se forme necesita de la congruencia de las partes, pedidos y causa a pedir. Es decir, después de una decisión juzgada en firme, eventual reiteración de la acción, en los mismos moldes, estará cubierta por el manto de la cosa juzgada, que es la calidad de inmutabilidad de los efectos de la decisión, proporcionando la extinción de la acción subsiguiente sin análisis del mérito.<sup>793</sup>

En el caso de una acción individual donde se disputan daños punitivos, aunque el fundamento para su cuantificación sean los demás daños causados, se trata de pleito formulado individualmente, que acabará repercutiendo favorablemente en otras esferas jurídicas, no obstante, la cosa juzgada no se formará, por la ausencia de triple identidad.

Lo que puede ocurrir es que la eventual acción juzgada improcedente individualmente formará cosa juzgada desfavorable con relación a esta parte singular, no obstante, el pedido no acatado de daños punitivos no impide su reiteración en otra acción.

En el mismo sentido, y debido también a la previsión legislativa expresa en Brasil, eventual acción colectiva juzgada improcedente no repercute negativamente en los individuos que no ingresaron como asistentes litisconsorciales. E igualmente no impide un pleito de daños punitivos en el bojo de esta acción individual. Esta es la norma del art. 104 del CDC:

---

<sup>793</sup> CPC brasileño, art. 337, parágrafo 1o: Art. 337. Incumbe al acusado, antes de discutir el mérito, alegar:(...) § 1º Se verifica la litispendencia o la cosa juzgada cuando se reproduce la acción anteriormente enjuiciada(...)§ 4º Hay cosa juzgada cuando se repite la acción que ya fue decidida por sentencia en firme en juzgado.Art. 485. El juez no resolverá el mérito cuando:(...)V – reconozca la existencia de extinción, de litispendencia o de coisa juzgada;  
Ley de Enjuiciamiento Civil: Artículo 222 Cosa juzgada material 1. La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo.



Art. 104. Las acciones colectivas, previstas en los incisos I y II y del párrafo único del art. 81, no inducen litispendencia para las acciones individuales, pero los efectos de la cosa juzgada erga omnes o además de las partes a que aluden los incisos II y III del artículo anterior no beneficiaran los autores de las acciones individuales, si no fuera requerida su suspensión en el plazo de treinta días, a partir de la ciencia de los autos de enjuiciamiento de la acción colectiva.

En España la materia no es pacífica. El artículo 15 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece la posibilidad de intervención de los consumidores y usuarios afectados por una acción u omisión dañosa por parte de los proveedores de productos y servicios. El artículo 13.2 igualmente preve la posibilidad de intervención del consumidor en el proceso colectivo.

Por su parte, los arts. 221 y 519 citados anteriormente en la Ley son perentorios en establecer:

**Artículo 221 Sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores o usuarios**

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, las sentencias dictadas a consecuencia de demandas interpuestas por asociaciones de consumidores o usuarios con la legitimación a que se refiere el artículo 11 de esta Ley estarán sujetas a las siguientes reglas:

- 1.<sup>a</sup> Si se hubiere pretendido una condena dineraria, de hacer, no hacer o dar cosa específica o genérica, la sentencia estimatoria determinará individualmente los consumidores y usuarios que, conforme a las leyes sobre su protección, han de entenderse beneficiados por la condena. Cuando la determinación individual no sea posible, la sentencia establecerá los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante.
- 2.<sup>a</sup> Si, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declarara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente.
- 3.<sup>a</sup> Si se hubieren personado consumidores o usuarios determinados, la sentencia habrá de pronunciarse expresamente sobre sus pretensiones.
- 

2. En las sentencias estimatorias de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios el Tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora.

**Artículo 519 Acción ejecutiva de consumidores y usuarios fundada en sentencia de condena sin determinación individual de los beneficiados**

Cuando las sentencias de condena a que se refiere la regla primera del artículo 221 no hubiesen determinado los consumidores o usuarios individuales beneficiados por aquella, el tribunal competente para la ejecución, a solicitud de uno o varios interesados y con audiencia del condenado, dictará auto en el que resolverá si, según los datos, características y requisitos establecidos en la sentencia, reconoce a los solicitantes como beneficiarios de la condena. Con testimonio de este auto, los sujetos reconocidos podrán instar la ejecución. El Ministerio Fiscal podrá instar la ejecución de la sentencia en beneficio de los consumidores y usuarios afectados.

Para Vilar la cosa juzgada aquí no es *secundum eventum litis*. Habla que Cabiedes e Caviedes y Bujosa defienden la tesis que es *secundum eventum litis*<sup>794</sup> Por lo tanto, hay doctrina que admite que apenas hace cosa juzgada cuando favorable y otros que atingen todos que no se auto-excluyeron del proceso, sea favorable o desfavorable.

Así, las consecuencias cambian a depender del posicionamiento adoptado. Si se sigue el entendimiento de la cosa juzgada ser *secundum eventus litis*, se plica lo mismo razonamiento que en Brasil.

Pero, si se entiende que hay necesidad de auto-exclusión, eventual acción colectiva improcedente impide el enjuiciamiento de acción individual, inclusive con el pedido de tutela punitiva, para los que no se auto-excluyeron del proceso.

Lo que ocurrirá en la hipótesis de juicio favorable de los daños punitivos será la pérdida del interés en litigar aquellos que no enjuiciaron la acción, y se auto excluyeron de la lide colectiva quedando intactos la acción individual para aquellos que optaron por seguir su proceso. Eventuales daños punitivos litigados en estos procesos perderán igualmente parcialmente el objeto, pues ya alcanzado el objetivo en razón de la acción pretérita individual juzgada procedente.

En el caso de una acción colectiva en curso, y eventual acción individual juzgada procedente, condenando en daños punitivos, adoptandose la necesidad de auto-exclusión, el *decisum* proferido a favor de los daños punitivos apenas beneficiaría los que se auto-excluyeron.

En la hipótesis inversa, de juicio de procedencia de la acción colectiva, en cuanto al pleito de la acción individual en lo que se refiere a los daños punitivos, no afectaría la demanda individual y punitiva a los que se auto-excluyeron, pero alcanzaría a todos los demás favorablemente.

#### **3.3.5.6. Ejecución**

La ejecución se daría sin mayores cuestiones, determinándose en la sentencia el cumplimiento de orden relativamente a todos aquellos que estuvieron en la misma situación jurídica y de hecho comprobada en los autos. Como fue dicho, la propuesta presentada no sería la mejor opción en todas las hipótesis, no obstante, sí sería útil y hasta indispensable, aplicable en algunas conductas dañosas perpetradas en masa.

---

<sup>794</sup> Vilar ídem, ibídem, fl. 410.

Como ejemplo podríamos suponer el caso que fue administrativamente resuelto por el PROCON Río que determinó la retirada del mercado de leche de marca UHT, marca Elegê, por impropio para el consumo. Fue constatado preliminarmente que determinados lotes estaban dañados.<sup>795</sup>

Tratándose de un proceso judicial individual propuesto, cabría por medio de los daños punitivos y su sustitución por una tutela específica la determinación para retirada de esos lotes a la venta.

Además, podría se admitir incluso la posibilidad del pago de indemnización del perjuicio sufrido por el autor, bien como por otros consumidores, con el reembolso del valor, mediante simple comprobación en los autos.

Del mismo modo, y como fue propuesto anteriormente, debería ser determinada una amplia publicidad de la decisión, para que esta genere los efectos pretendidos, con la publicación en periódicos de gran circulación y en los principales establecimientos de venta del producto, todo eso so pena de multa diaria.

El ejemplo anteriormente expuesto de IKEA, que también determinó el retiro de un tipo de cómoda fue resuelto de modo espontáneo con las mismas directrices. Por consiguiente, determinó que fuese cesado el uso del mueble, ofertando el reembolso del valor pago por el producto, o la entrega de kit que lo tornaría seguro, por opción del consumidor.

Así, en la hipótesis de los autos, bastaría al consumidor comprobar la compra del producto, mediante presentación de la factura respectiva, para recibir el reembolso, que podría ser depositado directamente por la empresa, en cuenta proporcionada por el solicitante, mediante comprobación en los autos.

Se podría, seguramente, para evitar la agitación del proceso individual y no generar perjuicios a la parte autora, determinar el traslado de las piezas y sentencia, formándose autos apartados del cumplimiento de la sentencia.

### **3.3.6. Jurisprudencia.**

#### **3.3.6.1. El caso Miller v. Cudahy Co.<sup>796</sup>**

---

<sup>795</sup> <http://economia.uol.com.br/noticias/valor-online/2014/03/20/procon-determina-suspensao-da-venda-de-leite-ugt-da-marca-elege-no-rio.htm>

<sup>796</sup> Miller v. Cudahy, 656 F. Supp. 316, 356-57 (D. Kan. 1987), aff'd in part, rev'd in part, 858 F.2d 1449 (10th Cir. 1988).

Como vimos con antelación y aquí repetimos, ya hay en la jurisprudencia americana un ejemplo de la aplicación de nuestra tesis, en el caso *Miller v. Cudahy Co.* En ese proceso, los propietarios y arrendatarios fueron a juicio en razón de la polución por la sal en su propiedad.

Se trataba de un proceso judicial intentado iniciado por aproximadamente cuarenta propietarios y arrendatarios de tierra buscando indemnización en razón de la polución por sal del acuífero de agua potable que se encontraba debajo de sus propiedades.

El proceso fue iniciado en 1977 y intentado contra Cudahy Company y General Host Corporation. La primera era una subsidiaria de la segunda y tenía como una de sus empresas operadoras la American Salt Company. Después del inicio del proceso General Host se separó de Cudahy Company, pero mantuvo la American Salt Company. Los autores pidieron indemnización de \$450 por acre, además de daños punitivos y remedios de equidad.

Consta del voto vencedor que no había evidencia de que la contaminación del acuífero recurrió de otra fuente que no de la American Salt Company. Las pruebas y alegaciones presentadas en contrario por los reos no fueron suficientes para alejar su responsabilidad, concluyendo que toda la sal disuelta en el acuífero ha venido de la propiedad y bajo el control de American Salt Company.

Según el fallo, se comprobó la contaminación, con la concentración de la sal de más de 30.000 trozos por millón, siendo imprestable para el uso doméstico y irrigación una concentración superior a 250 por millón. El daño material fue comprobado, pues los autores tendrían más lucro con el cultivo de maíz irrigado, que no fue posible en razón de la necesidad de irrigación, una vez que el agua de la lluvia no es suficiente para la plantación de ese grano, concluyendo el fallo en una indemnización de \$3.060.000 por los daños sufridos entre los años 1975 a 1983, más indemnización por el perjuicio en la producción de lechería e en los pozos. El decisum igualmente condenó en daños punitivos en \$10.000.000.

Sin embargo, con relación a los daños punitivos, y en razón de la posibilidad de que la conducta continuara a violar intereses de otras personas, además de tener violado el derecho del Estado, entendió ser más provechosos que la condena en una indemnización punitiva la suspensión del pago y determinación que los reos descontaminara el área.

Consta del voto:

“The Court also finds that important societal interests mingle in this controversy. \*999 While the plaintiffs have suffered a direct injury, the state has also been injured by the damage done to a valuable natural resource. The problem is also not

limited just to the plaintiffs in this lawsuit and the land they own or lease. Because the aquifer flows, the salt dissolved in it will continue to move downstream unless steps are taken to extract that salt. Thus, increasing numbers of the state's citizens will be injured as the pollution continues to spread. The aquifer joins the Arkansas River at Hutchinson, and that river then flows through Wichita, the largest city in Kansas, before entering the state of Oklahoma. The pollution will make this journey if affirmative steps are not taken to abate it".<sup>797</sup>

Al final, se decidió que:

4. IT IS FURTHER ORDERED that the preceding award of punitive damages be held in abeyance pending evaluation and assessment of the potential clean-up alternatives, and that this Court retain jurisdiction over the punitive damages award until further order of this Court. In the event that the punitive damages award made herein is activated in whole or in part, depending on future events in the Court's invocation of its equitable powers to restore the aquifer, then such award as finally determined shall relate back to the date of this opinion and bear interest at the legal rate from and after August 13, 1984.

IT IS FURTHER ORDERED that the defendants forthwith undertake the installation of a monitor well system in consultation with an expert to be designated by the plaintiffs, and possibly an additional independent expert to be selected by the Court, and forthwith undertake the assessment and evaluation of the potential cleanup alternatives. This Court shall retain jurisdiction and supervision of these undertakings. The defendants, in cooperation with the expert designated by the plaintiffs and any selected by the Court, shall file progress reports with this Court at least every other month, to keep this Court fully informed of the progress being made in these undertakings. A final report on the available scientific clean-up alternatives shall be filed with the Court within eight months of the date on which this Opinion and Order is filed. Promptly after this report is filed this Court shall order the defendants to undertake the most appropriate of the clean-up alternatives. All of the parties to this suit will have a full opportunity to be heard on the issue of which clean-up alternative is most appropriate under the facts and circumstances of this case".<sup>798</sup>

En mi punto de vista, pues, se trata de la aplicación de la teoría que proponemos, de sustitución de la indemnización por una tutela específica, una vez que el *decisum* atinge no solamente las partes del proceso, pero otros propietarios y el Estado.

Por lo tanto, la medida específica atinge el objetivo de disuasión sustituyendo los daños punitivos, pues tendrá que pagar por la reparación del daño causado, internalizando los costes. Además, al reparar el daño, atinge directamente los demás propietarios, así como al Estado, satisfaciendo su pretensión. Aquí puede ser que a los otros propietarios atendidos siga un interés en la reparación de los demás daños sufridos, además del relativo a la contaminación del área.

---

<sup>797</sup> <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/592/976/1816341/>

<sup>798</sup> <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/592/976/1816341/>

De ese modo, aunque no fundamentado en nuestra teoría directamente, se puede observar que la decisión sigue la misma meta. De hecho, los daños punitivos fueron sustituidos por una tutela específica, de modo a reparar el daño causado al Estado y por ventura otros propietarios, así como evitar que la contaminación atingiera otras áreas.

Con eso, atinge la disuasión que la indemnización punitiva busca, una vez que internaliza los costes de la conducta ilícita, reparando todo el daño causado, y además satisfaz la pretensión de los demás lesionados.

#### **4.Conclusiones**

La tesis presentó la posibilidad de sustituir de la indemnización punitiva por una tutela específica, con la finalidad de alcanzar con más efectividad los principios de la responsabilidad civil, principalmente los disuasorios y de evitar el enriquecimiento sin causa justa.

En un primer momento fueron analizadas algunas funciones de la responsabilidad civil de manera a resaltar que en razón del cambio de paradigma en la sociedad, que ahora vive una realidad de lesiones no más individuales pero que alcanzan grupos y a veces toda la sociedad, las funciones de la responsabilidad civil se sucedieron en importancia, con la actual preponderancia en muchas hipótesis de la función disuasoria, principalmente con relación a los daños punitivos, así como la de evitar el enriquecimiento sin causa del ofensor, relegando la función punitiva a un papel residual, muchas veces como reflejos de las otras dos.

Por su vez, fue analizada igualmente la otra hipótesis por la cual los doctrinarios supra citados entienden que los daños punitivos deben ser aplicados: cuando el placer de la conducta dañosa que no trae beneficio social es más grande que eventual daño compensatorio a ser pago. Aquí, para los Mestres, se trata de la aplicación residual de la función punitiva de la responsabilidad civil.

Lo que la tesis propuso fue una nueva interpretación del tema, entendiendo que en realidad los daños punitivos aquí aplicados visan evitar una utilidad más grande que el daño compensatorio, que no sería suficiente para alcanzar el efecto disuasorio. Por lo tanto, se interpretó la posibilidad como un medio de evitar el enriquecimiento sin causa justa del ofensor, y los daños punitivos deberían ser aplicados tanto para hipótesis de aumento de utilidad moral como material. Es decir: además del objetivo de prevención la institución visa combatir el enriquecimiento sin causa.

De ese modo, igualmente la teoría citada determina la devolución de la cuantía con la cual hubo el enriquecimiento sin causa además del pago del daño compensatorio, de manera a alcanzar la prevención ideal.

Por medio de un estudio de los daños punitivos, a la luz de la teoría del análisis económico del derecho, y más específicamente de la interpretación y alcance de los daños punitivos defendido por POLINSKY y SHAVELL, que entienden que éstos buscan internalizar los costes del daño de modo a que se alcance la disuasión ideal, pagando por toda la lesión causada, con la posibilidad de fijar daños punitivos si el agente comisor del daño quede libre de responsabilidad, demostróse que la medida indicada para alcanzar esos objetivos no sería la fijación de una indemnización punitiva, pero sí su sustitución por una tutela específica, determinando que el daño sea reparado in natura en relación a todos los lesionados. De hecho, si para el cálculo de la indemnización se objetiva que el ofensor pague por todo el daño causado, más efectiva es la medida sustitutiva, que no necesita de cálculo, y aún repara los daños que alcanzaran todo el grupo.

Así, la teoría económica sirve de substrato para la medida propuesta, donde se demostró que en muchas hipótesis legales la determinación de una reparación in natura es más benéfica, evitando los problemas que enfrenta la institución de los daños punitivos

La teoría intenta determinar que el daño causado sea reparado in natura y no por fuerza de una indemnización punitiva, hecho que tiene más relevancia en hipótesis de internalización de los costes en lesiones de masa, que todavía puede generar un enriquecimiento ilegal al ofensor. De todos los modos, objetiva que, al revés de calcular la indemnización por la extensión del daño, determine la reparación a todos los lesionados, lo que en hipótesis de enriquecimiento sin causa generaría la devolución del lucro más el pago de la indemnización compensatoria.

De hecho, se demostró que esa es la regla en algunos sistemas jurídicos como el que establece el Código de Defensa del Consumidor en Brasil, art. 42, párrafo único, y en España el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1982, del 5 de mayo, la Ley 11/1986 de 20 de marzo, artículo 66, así como la Ley de Propiedad Intelectual, artículo 140.

La tesis igualmente averiguó las ventajas y desventajas de la institución de los daños punitivos, de modo a comparar con la medida sustitutiva. Así, observó que la institución posibilita la asunción de responsabilidad por todo el daño causado, haciendo con que el ofensor internalice los costes de su conducta, lo que hace con que el nivel de cautela aumente, con la reducción igualmente de las lesiones y demandas judiciales; la reducción de los problemas relacionados con los costes de transacción, que reducen los incentivos para la

búsqueda de la protección en juicio, que al final hace con que aumente la cautela por la internalización de los costes ocurrir de manera más efectiva, así como la posibilidad de quitar del autor del daño el lucro obtenido con la conducta ilegal, evitando su enriquecimiento sin causa justa.

De otro lado, debatimos los problemas relacionados con la institución, como la necesidad o no del análisis del dolo o de la culpa para la fijación del daño punitivo; la dificultad de cuantificación; que limitan el valor de la indemnización, lo que no permite la internalización de todos los costes de la conducta dañosa, el hecho de que son fijados por el jurado en el sistema jurídico norte-americano, lo que puede llevar a fijación abajo o por encima del ideal, generando *underdeterrence* o *overdeterrence*; la poca intensidad que son concedidos, generando poca prevención, las revisiones de los valores por las Cortes, generalmente reduciendo demasiadamente la indemnización; la confusión entre las áreas del derecho civil y derecho penal, cuando aplicado la institución; los incentivos que genera para que la víctima no adopte el nivel de cuidado ideal; posible ineficacia con la transferencia de los costes a los consumidores; no conseguir generar los incentivos a la punición del responsable efectivo en el ámbito empresarial; posibilidad de supra disuasión y de posición de privilegio en las negociaciones en virtud del “shadow effect”.

La tesis analiza esas cuestiones estableciendo que, aunque algunos problemas presentados sigan en la hipótesis de sustitución de la indemnización por una tutela específica, otros son superados, lo que demuestra como una opción más ventajosa, incluso con relación a otras apuntadas por la doctrina, como la destinación de parte de la indemnización al Estado o Fondo, o la creación de una cuenta específica.

De ese modo, se establece que la institución de la tutela específica por medio de una investigación doctrinaria y jurisprudencial, donde se observó que es una medida priorizada en los ordenamientos jurídicos con relación a la indemnización por el equivalente, demostrándose su presencia en varias normas jurídicas de los ordenamientos brasileño y español. Es decir: los sistemas jurídicos en general pasaron a dar más relevancia a la tutela específica de manera a concretizar con más ahínco la constitución y principalmente la garantía de la tutela judicial efectiva, una vez que retirando de la parte el derecho a la acción material, el proceso instrumental debe crear mecanismos para tutelar in natura la pretensión violada, dando a aquél que tiene derecho, todo lo que tiene derecho, en el menor espacio de tiempo posible.

La constitucionalidad de esa medida fue estudiada con relación principalmente a la tutela judicial efectiva, donde se demostró la necesidad de que la concretización de la



Constitución de prioridad a la tutela específica, sea por medio del legislador, sea por el juez, una vez que la concretización ocurre inclusive en esas dos esferas. De ese modo se constató que aunque la interpretación del Tribunal Supremo Español vea la garantía como de conformación legal, demostramos que tal vez esa no sea la mejor exegesis de la norma. De todos los modos, las leyes infra constitucionales en regla han concretizado la garantía en la extensión debida, y además la interpretación de las normas por los jueces vienen ocurriendo de modo a dar prevalencia a la tutela específica.

La legitimación activa para el pedido de daños punitivos y su sustitución por una tutela específica igualmente fue analizada, concluyendo en términos generales que se trata de una legitimación ordinaria, aunque con reflejos positivos en derechos de terceros. Sin embargo, si se entiende de manera diversa, la autorización para buscar los daños punitivos, la legitimación extraordinaria, se extrae del ordenamiento jurídico.

Se puntuó las efectivas ventajas de la medida sustitutiva en relación a la indemnización punitiva. De ese modo, evita la alegación de enriquecimiento sin causa de la víctima, pues se repara *in natura* el daño causado a todas las víctimas, no pagando el excedente a título de indemnización punitiva al demandante. Igualmente evita con relación al causador del daño, pues se repara todo la lesión más fácilmente, evitando errores de cálculo, y así eventual indemnización menor que el daño social causado, lo que podría generar un lucro directo o indirecto.

Vacía el problema del cálculo del valor de la indemnización, que como se demostró es muy difícil realizar, con las decisiones judiciales indicando requisitos diversos para la cantificación, como la censura de la conducta (BMW de Norte América v. Gore); Otras sanciones, riqueza del acusado (Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip), y la teoría económica la probabilidad inversa de ser responsabilizado. De ese modo eventual overdeterrence o underdeterrence igualmente es combatida de manera más eficaz con la medida sustitutiva, una vez que no se procede al cálculo del valor de la indemnización, medida de difícil o imposible cuantificación. Al determinar la reparación *in natura* se deshace el daño causado a todos los lesionados, alcanzando de modo más asertivo la prevención.

La tesis en ese mismo sentido posibilita, pues, la protección de los derechos de un grupo, que muchas veces no serían salvaguardados, permitiendo una disuasión más eficaz.

Se observó también que la medida genera una externalidad positiva, pues además de incentivar la cautela ideal, genera directamente un efecto sobre los demás lesionados, tutelando *in natura* su derecho violado.

De ese modo, otro efecto positivo de la teoría es descogestionar el Poder Judicial evitando la repetición de demandas sobre el mismo tema, ya que el fallo en favor del consumidor afectará terceros con la reparación de sus daños, retirando su interés de ir a juicio, pues satisfecha su pretensión.

El principio de la igualdad es muchas veces preservado de manera más efectiva que por medio de la indemnización punitiva. Primero, pues evita que uno reciba la indemnización por una lesión que alcanzó a todos. Segundo, pues evita decisiones contradictorias, facto que conforme el Tribunal Supremo Español violaría el principio, con la protección de los derechos de todo el grupo por medio de la sentencia favorable.

Podríase pensar en violación al principio pues no impide decisiones contradictorias en hipótesis de improcedencia. De todos los modos, se averiguó que de un lado reduce la probabilidad, y no deja de ser la aplicación de la teoría de los daños punitivos, autorizando esa repetición sin que se alegue violación a ese principio. Lo que ocurrirá es que lo consumidor que tuvo su pretensión negada no tendrá derecho a ser favorecido en posterior acción judicial.

La reducción de los incentivos para el enjuiciamiento de una acción fraudulenta es otra ventaja que fue constatada. De hecho, como ya no se paga una indemnización punitiva, pero si se determina la reparación in natura a los lesionados, los incentivos para ese tipo de pedido disminuyen.

Igualmente la tesis analizó la repercusión favorable de la medida específica en el cumplimiento de los contratos, pues con la tutela de todos los lesionados dos consecuencias ocurren: a) hay una prevención más efectiva, pues la reparación in natura facilita la internalización de los costes de modo más eficaz, incentivando la cautela ideal y consecuentemente la reducción de las lesiones, lo que genera menos acciones judiciales; b) por medio de la medida sustitutiva ocurre la tutela efectiva de los demás lesionados, que no irán a juicio, reduciendo las demandas. De ese modo la justicia se torna más eficiente y más célere, reduciendo las ventajas en el descumplimiento pues ya no opera favorablemente el descuento por el futuro.

Fue observado el aumento del bienestar social en razón de un aumento de la efectividad de la legislación, en razón de una efectividad más grande de la Justicia, por medio de la medida sustitutiva. Las consecuencias llegan incluso a los acuerdos celebrados. El “shadow effect” de las decisiones judiciales que determinan la sustitución de la indemnización por una tutela específica es más positivo, con relación a la víctima sí como al ofensor.

De hecho, en general las indemnizaciones punitivas tienen límites jurisprudenciales y baremos que acaban reduciendo el montante no reflejando la verdadera intensidad del daño. Además, los daños punitivos raramente son concedidos, como restó analizado. La influencia en los acuerdos, de ese modo, suele ser negativa para las víctimas y la sociedad, pues como los ofensores saben que las condenas no internalizan todo el daño en general, los valores ofrecidos para acuerdo se basan en esa perspectiva, abajo del debido.

Por otra parte, se estableció que hay doctrinarios que piensan que el “shadow effect” acaba por generar acuerdos más altos que la disuasión ideal, facto que no se reflejan en las decisiones judiciales, pues generalmente terminan en acuerdo, no llegando al Poder Judicial.

Sin embargo, se probó que para esas hipótesis la medida sustitutiva igualmente es beneficiosa, pues teniendo ciencia que realmente va pagar un monto máximo por todo el daño causado, y no por una cuantía más alta, celebrará los acuerdos en esos términos.

Entre las desventajas de la medida fueron estudiados los desincentivos para la litigación y para el pedido de daños punitivos, así como la cuestión del “free rider”.

Se observó que la tutela específica, al reducir la posible indemnización reduce los incentivos para la que las partes van a juicio. Sin embargo, se ha sostenido que el desincentivo no es total, lo que genera una reducción de acciones, descongestionando el Poder Judicial, sin quitar la cautela, lo que es beneficioso. Se enfatizó que hay personas que buscan no solamente una satisfacción económica pero moral, o sea, buscan el Poder Judicial para que se haga justicia. Además, hay otros lesionados que tienen lesiones más amplias como, por ejemplo, una fabricación en serie de automóviles con pieza defectuosa, que con relación a algunos se rompe, generando lesiones corporales. A esos no se quitan los incentivos de ir a juicio, y su decisión de procedencia favorecerá los demás consumidores.

Con relación a ese punto, se cuestionó sobre la necesidad de pedido expreso para la tutela punitiva y tutela específica, donde se señaló la posibilidad de concesión de oficio, por lo que la reducción de los incentivos no afectaría las ventajas de la medida sustitutiva. Otra opción, delante de la negativa de aceptación de la determinación de oficio es de modificación legislativa para que la ley la establezca como un pedido implícito, a similitud de los intereses.

La tesis analizó el “free rider” y observó que si en de un lado puede aumentar el número de personas que van dejar de ir a juicio pues puede beneficiarse de la demanda de otros, como observamos con antelación ni siempre todos los incentivos son quitados, pues hay los que buscan tutelar sus derechos produciendo las pruebas que le convienen así como aquellos que tuvieron daños más expresivos que necesitarán defender sus derechos

individualmente, pues la tutela genérica no le favorecería en la intensidad necesaria. Sin embargo, la tendencia es sí la reducción de las demandas, lo que en si no se hace negativo, como señalase, pero positivo en muchos aspectos, pues habrá una mejor prestación jurisdiccional, más célere, sin reducir los incentivos a una cautela ideal.

Al final se hizo breves averiguaciones sobre cuestiones procesales, como la simultaneidad entre acciones individuales y entre esas y las colectivas; la necesidad de pedido expreso para la medida, cosa juzgada y ejecución.

En el último capítulo analizase el caso *Miller v. Cudahy Co.*, que pasó en Estados Unidos, donde se observó la aplicación de la tutela específica en sustitución de la indemnización punitiva, precedente favorable a la teoría propuesta.

De ese modo, creo que el estudio presentado demostró la posibilidad y ventajas de la sustitución de la indemnización punitiva por una tutela específica, con la posibilidad de aplicación a los ordenamientos jurídicos, de modo a alcanzar una mejor efectividad de los derechos.

## Referencias Bibliográficas.

AALTO, Pekka, in **Damages for Breach of the Charter**. The EU Charter of Fundamental Rights. A commentary Edited by Peers, Steve; Hervey, Tamara; Kenner, Jeff and Ward, Angela. Hart Publishing Oregon:2014.

ALZAGA, Oscar, en **La Constitución Española de 1978** (comentario sistemático), Ediciones del Foro, Madrid, 1978.

**American Association Tort Reform**, disponible en <http://www.atra.org/issues/punitive-damages-reform>, visitado 07/11/2015.

ARMENTA DEU, Teresa, in **Acciones colectivas: Reconocimiento, cosa juzgada y ejecución**, Marcial Pons, Madrid: 2013.

BEEVER, Allan, in **The Structure of Aggravated and Exemplary Damages**, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 23, No. 1 (2003) pp. 87-110.

BENACCHIO, Marcelo, in **A Função Punitiva da Responsabilidade Civil no Código Civil, Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo**, Reflexões sobre os 10 anos do Código Civil, Coordenadores LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore e MARTINS, Fernando Rodrigues. IDP. Atlas, São Paulo: 2012.

BENHAMOU, Yaniv, **Compensation of damages for infringements of intellectual property rights in France**, under the Directive 2004/48/EC and its transposition law-new notions? International Review of Intellectual Property and Competition Law, IIC 2009, 40(2), 125-152.

BEZERRA, André Augusto Salvador, in **Explosão da litigiosidade e dano social em ações individuais. As demandas repetitivas e os grandes litigantes: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro**. Coord. Vânia Cardoso André de Moraes, Coleção Selo ENFAM.

BRESLO, James A., **Taking the Punitive Damages Windfall Away from the Plaintiff: An Analysis**. 86 Nw. U. L. Rev. 1130 1991-1992.

BRIZ, Jaime Santos, in **Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales**, Dirigido por Manuel Albaladejo, Tomo XXIV, Artículos 1887 a 1929, Comentados por Jaime Santos Briz y Antonio Gullon Ballesteros, Editorial Revista de Derecho Privado.

BUN, Soh Kee, in Exemplary or punitive damages. Singapore Journal of Legal Studies, July, 1998.

CALANDRILLO, Steve P., in Penalizing Punitive Damages: Why the Supreme Court Needs a Lesson in Law and Economics, 78 Geo. Wash. L. Rev 774 2009-2010.

CAMPOS, Diogo Paredes Leite de, in Enriquecimento sem Causa e Responsabilidade Civil, disponível em <http://www.fd.uc.pt/docentes/dlcampos/enriqscausaerespciv000.pdf>, visitado 05.02.2016.

CLARK, James B, Setton Hall Law Review, Winter, 1984, V. 15(1).

CLEMENTINO, Marcos Bruno Miranda, in As demandas repetitivas de direito público e o princípio da procedimentalização da isonomia. As demandas repetitivas e os grandes litigantes: possíveis caminhos para a efectividade do sistema de justiça brasileiro. Coord. Vânia Cardoso André de Moraes, Coleção Selo ENFAM.

CODERCH, Salvador Pablo in Punitive Damages, Universidad Pompeu Fabra, disponível em <https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/4/Punitive%20Damages%20Pablo%20Salvador%20Coderch.pdf>.

CODERCH y PALOU in idem, ibidem,

CODERCH, Pablo Salvador; GAROUPA, Nuno y LIGUERRE, Carlos Gómez, in El círculo de responsables: La evanescente distinción entre responsabilidad por culpa y objetiva, InDret, 309, 4/2005, Octubre.

COLMENAREJO, María Jesús Ariza, in La acción de Cesación como medio para la protección de consumidores y usuarios, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona: 2012.

Dari-Mattiacci, Giuseppe, in **Negative Liability**, The Journal of Legal Studies, volume 38, número 1, janeiro 2009 disponível em <http://www.journals.uchicago.edu/doi/citedby/10.1086/596197>

Duggan, Anthony, in Exemplary Damages in Equity: a law and economics perspective, Oxford Journal of Legal Studies, vol. 26, no. 2 (2006) pp 303-326.

Eaton, Thomas A; Mustard, David B., Talarico, Susette M.in The effects os Seeeking Punitive Damages on the Processing of Torts Claims, The Journal of Legal Studies, Vol. 34, No. 2 (June 2005), pp. 343-369.

EISENBERG, Theodore, GOERDT, John, OSTROM, Brian, ROTTMAN, David and WELLS, Martin T, in The Predictability of Punitive Damages, The Journal of Legal Studies, Vol. 26, No. S2 (June 1997), pp. 623-661.

Eisenberg, T. and Wells, M. T. (2006), The Significant Association Between Punitive and Compensatory Damages in Blockbuster Cases: A Methodological Primer. Journal of Empirical Legal Studies, 3: 175–195. doi:10.1111/j.1740-1461.2006.00067.x

Eisenberg, Theodore; Heise, Michael; Waters, Nicole L.; and Wells, Martin T., "**The Decision to Award Punitive Damages: An Empirical Study**" (2010). Cornell Law Faculty Publications. 185.

Englard, Izhak, in **Punitive Damages - A Modern Conundrum of Ancient Origin**, Journal of European tort law, 01/04/2012.

Feinman, Jay M., in **Incentives for Litigation or Settlemen in Large Tort Cases: Responding to Insurance Company Intransigence**. Roger Williams University Law Review. Volume 13. Winter 2008, Article 7.

FERNÁNDEZ GREGORACI, Beatriz, In **Recargo de las prestaciones de la seguridad social: un supuesto específico de punitive damages**. Anuário de Derecho Civil, vol. 61, núm. 1, pgs 113-146.

FLEMING, John G., (1998), **The Law of Torts**, 9th Ed., Sydney, The Law Book Co.

FRAZÃO, Ana, in **Pressupostos e Funções da Responsabilidade Civil Subjetiva na Atualidade: Um Exame a Partir do Direito Comparado**. Rev. TST, Brasília, vol. 77, no 4, out/dez 2011.

Friedman, David, in **An Economic Explanation of Punitive Damages**, p. 2, disponível em <http://www.daviddfriedman.com/Academic/Punitive/Punitive.html>.

Furedi, Frank and Bristow, Jennie, in **The social cost of litigation**, Centre of Policy Studies, disponible en <https://www.cps.org.uk/files/reports/original/120905122753-the-social-cost-of-litigation.pdf>, acceso en 14 de enero de 2017.

GAROUPA, Nuno y SANCHIRICO, Willimam, in **Decoupling as Transaction Tax**, Journal of Legal Studies 39 J. Legal Stud. (2010), p. 469 e ss.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, in **Acciones Colectivas y Acciones Inhibitorias para la protección de los Consumidores en el Proceso Civil Español: El Papel de las Asociaciones de Consumidores**, Disponible en [http://eprints.ucm.es/26650/1/2005\\_Acciones%20colectivas%20y%20acciones%20inhibitorias%20para%20la%20protección%20de%20los%20consumidores%20en%20el%20proceso%20civil%20español.pdf](http://eprints.ucm.es/26650/1/2005_Acciones%20colectivas%20y%20acciones%20inhibitorias%20para%20la%20protección%20de%20los%20consumidores%20en%20el%20proceso%20civil%20español.pdf), acceso en 28 de febrero de 2017.

GOMES, Luiz Flávio, en IDH, **Desigualdades y Homicidios**, disponible en <http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/112352842/idh-desigualdades-e-homicidios>, acceso en 22/04/2016.

GONZÁLEZ, Dolores Palacio, in **Responsabilidad Civil y Derecho de Daños, Tras las reformas legislativas de 2015**, Teoría e Práctica, Coord. PRESAS, Inmaculada García, 2A ed., JURUÁ, LISBOA: 2016, p. 55.

GONZÁLES GARCIA, Jesús Maria, in **La ejecución no dineraria, El proceso de Ejecución Forsoza. Problemas actuales y soluciones jurisprudenciales**, Coordinador Álvaro Gutiérrez Berlinches, La Ley: Madrid, 2015.

GUTIERREZ, Paloma Tapia, in **La reparación del daño en forma específica. El puesto que ocupa entre los medios de tutela del perjudicado**, Dykinson, Madrid, 2013.

Hylton, Keith N., The Law and Economics of Products Liability, 88 Notre Dame L. Rev. 2457 (2013). Available at: <http://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol88/iss5/14>

HOFFMANN, Herwig, in Specific Provisions(Meaning), **The EU Charter of Fundamental Rights**. A commentary Edited by Peers, Steve; Hervey, Tamara; Kenner, Jeff and Ward, Angela. Hart Publishing Oregon:2014.

Informe CNJ 2011, **Demandas repetitivas e a morosidade na Justiça Cível Brasileira**, disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/f7b1f72a0d31cc1724647c9147c4b66b.pdf>, pp. 10-11, visitado 13/10/2016.

ACOMOSSÍ, **O Instituto da Responsabilidade Civil: Uma Análise Teórica e Conceitual**, Revista da UNIFEBE, Vol. 01, no. 11, jan/jul(2013).

ORGE, Vinícius Eduardo Silva, in **Enriquecimento sem causa como cláusula geral do Código Civil: Interpretação civil-constitucional e aplicabilidade judicial**. Revista Âmbito



Jurídico, disponível em [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9921](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9921), visitado 04.02.2016.

Kaplow, Louis, in **Private Versus Social Costs in Bringing Suits**, Discussion Paper number 9, 5/85, Program of Law and Economics, Harvard Law School, disponível em [http://www.law.harvard.edu/programs/olin\\_center/papers/pdf/Kaplow\\_9.pdf](http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Kaplow_9.pdf), acesso 14 de janeiro de 2017.

KLINCK, Robert A., in **The Punitive Damage Debate Symposium: Reforming Punitive Damages**, Harvard Law of Legislation, Volume 38, 2001, Número 1.

KOENIG, Thomas, in **The shadow effect of punitive damages on settlements**, 1998 Wis. L. Rev. 169 1998.

KOENIG, Thomas H. y RUSTAD, Michael L., in **In Defense of Tort Law**, New York University Press, NY:2001.

KOENIG, Thomas y RUSTAD, Michael and, in **The Historical Continuity of Punitive Damages Awards: Reforming the Torts Reformers**. American University Law Review, Volume 42, 1992-1993

KOZIOL, Helmut, in **Punitive Damages- A European Perspective**, 68 La. L. Rev. 741 2007-2008.

Krent, Harold J., in **Explaining one-way free shifting**. Virginia Law Review, Vol. 79, No. 8 (Nov., 1993), pp. 2039-2089.

KUPELYANTS, Hayk, in **Specific performance in the draft common frame of reference**, UCL J.L. and J. 2012, 1 (2), 15-45.

Leite, Luciana Wolf, in **A responsabilidade civil e o dano punitivo**, p. 2 Disponível em <http://www.tjmg.jus.br/data/files/49/36/93/C3/88709310A3858E83180808FF/402011.pdf>, acesso el 13/10/2016.

Lemos, Margaret H., in **Special Incentives to Sue**, Minnesota Law Review, Disponível em [http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5185&context=faculty\\_scholarship](http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5185&context=faculty_scholarship), acesso en 14 de janeiro de 2017.

LLOBREGAT, José Garberí, in **El proceso de Ejecución Forzosa en la Ley de Enjuiciamiento Civil**. Comentarios, Jurisprudencia y Formularios Generales al Libro III (De la Ejecución Forzosa). Quinta edición. Civitas, Pamplona:2013.

López-Tápia, Yolanda de Lucchi, in **La tutela jurisdiccional civil de los intereses de consumidores y usuarios**, Edisofer s.l Libros Jurídicos, Madrid, 2005.

Loth, Marc, in Corrective and distributive justice in tort law, Maastricht Journal of European and Comparative Law, disponible en [https://pure.uvt.nl/portal/files/10370680/Corrective\\_Distributive\\_Justice\\_in\\_tort\\_law.pdf](https://pure.uvt.nl/portal/files/10370680/Corrective_Distributive_Justice_in_tort_law.pdf), acceso en 16.02.2017.

LOURENÇO, Paula Meira, in **Os Danos Punitivos**, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Volume XLIII- No. 2, Coimbra Editora: 2002.

LUCÁN, Maria Ángeles Parra, in **La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios**. Colección de derecho del consumo, Director Antoni Vaquer Aloy, Madrid 2011, Editorial Reus, 1a ed.

MARIANGELO, Rafael, in **A evolução da indemnização por dano moral e a aplicação da indenização punitiva**, Temas Relevantes do Direito Civil Contemporâneo, Reflexões sobre os 10 anos do Código Civil, Coordenadores LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore e MARTINS, Fernando Rodrigues. IDP. Atlas, São Paulo: 2012.

MARINONI, Luis Guilherme, in **Acciones inhibitoria y de resarcimiento en forma específica en el anteproyecto de código modelo de procesos colectivos para Iberoamerica (art. 7o)**, en AAVV: Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, publicado en el Congreso MUndial de Derecho Procesal, en Ciudad de México, en septiembre de 2003, versión on-line, disponible en [http://www.academia.edu/218540/Acciones\\_Inhibitoria\\_y\\_de\\_Resarcimiento\\_en\\_Forma\\_Especificas\\_en\\_el\\_Anteproyecto\\_de\\_Codigo\\_Modelo\\_de\\_Procesos\\_Colectivos\\_para\\_Iberoamerica](http://www.academia.edu/218540/Acciones_Inhibitoria_y_de_Resarcimiento_en_Forma_Especificas_en_el_Anteproyecto_de_Codigo_Modelo_de_Procesos_Colectivos_para_Iberoamerica), acceso en 23/08/2016.

Mc Govern, Francis E., in **Punitive Damages and Class Actions**, Louisiana Law Review, 70 La. L. Rev. (2009-2010), pp. 435-462.

MILLER, Geoffrey P., in **Some thoughts on the equilibrium hypothesis**, 69 B.U. L. Rev. 561 1989.

MORAES, Vânia Cardoso André de, in **Demandas Repetitivas decorrentes de ações ou omissões da administração pública: Hipóteses de soluções e a necessidade de um direito processual público fundamentado na Constituição**, in Séries Monografias do CEJ, v. 14, Brasília-DF, jul./dez. 2012.

MOTA, Mauricio Jorge Pereira da e PEREIRA, Daniel Queiroz, in **O enriquecimento sem causa: uma análise histórico-comparada**, Revista Quaestio Iuris, vol. 04, no. 01, ISSN 1516-0351, pp. 161-188.

NETO, Antônio Silveira, in **Conflitos de massa e gestão dos processos judiciais: uma proposta da associação dos magistrados brasileiros. As demandas repetitivas e os grandes litigantes: possíveis caminhos para a efectividade so sistema de justiça brasileiro**. Coord. Vânia Cardoso André de Moraes, Coleção Selo ENFAM.

Nieto, Rafael Mery, in **Court Fees: Charging the User as a Way to Mitigate Judicial Congestion**. The Latin America and Iberian Journal of Law and Economics, Volume 1, Article 7, 2015, Disponible en <http://lajle.alacde.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1006&context=journal>, acceso en 14 de enero de 2017.

OLMO, Pedro del, in Punitive Damages in Spain, em KOZIOL, Helmut e WILCOX, Vanessa (eds), **Punitve Damages: Common Law and Civil Perspectives, Tort and Insurance Law**, vol. 25, SpringerWeinNewYork.

PANTALEÓN, Fernando, in **Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (y también de las Adminsitraciones Públicas)**. Disponible en <https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/4/como%20repensar%20la%20responsabilidad.pdf>, acceso en 16.02.17.

PARK, James J. "Rule 10B-5 and the Rise of the Unjust Enrichment Principle". Duke Law Journal, Vol.60, No. 02 (November, 2010) pp 345-409.

PERERA, Angel Carrasco, in **Comentarios alCodigo Civil y Compilaciones Forales**, Dirigido por Manuel Albaladejo, Tomo XV, Vol 1o, Artículos 1.088 a 1.124, Editorial Revista de Derecho Privado.

PERERA, Angel Carrasco, in Reparación del daño en forma específica, Aranzadi Civil, 1996, Tomo I, Volumen II, Primera edición.

PISANI, Andrea Proto, in **Brevi note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria**, Foro it., 1983, V.

PISANI, Andrea Proto, in **La tutela jurisdiccional**, Palestra, Lima:2014.

Polinsky, Mitchell A., in **Are Punitive Damages Really Insignificant, Predictable, and Rational?** A Comment on Eisenberg et al., The Journal of Legal Studies, Vol. 26, No. S2 (June 1997), pp. 663-677.

POLINSKY, A. Mitchell y Che, Yeon-Koo, in **Decoupling Liability: optimal incentives for care and litigation**, NBER Working Paper Series, Working Paper no. 3634, February 1991.

Polinsky, A.M./S.Shavell, Punitive Damages: An Economic Analysis, Harv. L. Rev. 111(1998) 870,880.

POSNER, in **Economic Analysis of Law**, Wolters Kluwer, Seventh Edition, 2007.

Priest, G. (1989). Private Litigants and the Court Congestion Problem. Boston University Law Review 69, 527-559.

Priest, George L., **"Punitive Damages Reform: The Case of Alabama"** (1996). Faculty Scholarship Series. Paper 628. [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/628](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/628)

PUCRS. **Demandas judiciais e morosidade da justiça civil**. EDITAL CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA 01/2009 Área Temática: Diagnóstico sobre as causas do progressivo aumento das demandas judiciais cíveis no Brasil, em especial das demandas repetitivas, bem como da morosidade da justiça civil. POA, 2001. Disponível em [http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat\\_pesquisa\\_pucrs\\_edital1\\_2009.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_pucrs_edital1_2009.pdf), visitado 13/10/2016.

PUSCHEL, Flávia Portella, in **Funções e Princípios Justificadores da Responsabilidade Civil e o art. 927, Parágrafo Único do Código Civil**.vRevista Direito GV V. 1 N. 1 | P. 091 - 107 | MAIO 2005.

RAMOS, Manuel Ortells, in **La Ejecución de Condenas no Dinerarias en la Ley de Enjuiciamiento Civil, La Ley**, Madrid: Mayo, 2005, disponible en [https://books.google.es/books?id=grFOKKyEfcUC&pg=PA54&lpg=PA54&dq=manuel+ortells+ramos+ejecucion+no+dineraria&source=bl&ots=tdrdkKzGYO&sig=kDWplKY\\_i2nRxBBg-Bepu5I92N8&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwj85bz6oLPSAhVBWRoKHdkwChUQ6AEINjAF#v=onepage&q=manuel%20ortells%20ramos%20ejecucion%20no%20dineraria&f=false](https://books.google.es/books?id=grFOKKyEfcUC&pg=PA54&lpg=PA54&dq=manuel+ortells+ramos+ejecucion+no+dineraria&source=bl&ots=tdrdkKzGYO&sig=kDWplKY_i2nRxBBg-Bepu5I92N8&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwj85bz6oLPSAhVBWRoKHdkwChUQ6AEINjAF#v=onepage&q=manuel%20ortells%20ramos%20ejecucion%20no%20dineraria&f=false), acceso en 28/02/2017.

**Relatório Justiça em números**, 2015. Conselho Nacional de Justiça, p. 34. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>. Acesso em 12/10/2016.

Relatório CNJ 2011, **Demandas repetitivas e a morosidade na Justiça Cível Brasileira**, disponível em

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/f7b1f72a0d31cc1724647c9147c4b66b.pdf>, p. 20, visitado 13/10/2016.

RENDLEMEN, Doug, in **Measurement of Restitution: Coordinating Restitution with Compensatory Damages and Punitive Damages**. 68 Wash. & Lee L. REv. 973 2011.

RESEDÁ, Salomão, in **A Aplicabilidade do Punitive Damages nas Ações de Indenização por Dano Moral no Ordenamento Jurídico Brasileiro**, Tese de Mestrado, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2008. Disponible en <http://www.repositorio.ufba.br:8080/ri/bitstream/ri/12303/1/SALOM%C3%83O%20RESED%C3%81.pdf> Acceso en 01/11/2015.

RIBEIRO, Darci Guimarães, in **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva. Hacia una teoría procesal del derecho**. JMBosch Editor, Barcelona, 2004

ROBREDO, Goretti Vadillo, in **Daños punitivos en el proceso civil Norteamericano**, Estudios de Deusto, Revista de la Universidad de Deusto, Segunda época, vol. 44/2, Desde su fundación vol. 57, Fasc.97, Julio-Diciembre 1996, Bilbao.

RODDY, Nadine, in **Punitive Damages in Strict Products Liability Litigation**, William and Mary Law Review, Volume 23, 1981-1982.

ROJO, José Vicente, in **La Constitución Española de 1978**, Tebar, Junio, 2000.

ROSSI, Alison F. Del Rossi y VISCUSI, W. Kip in **The Changing Landscape of Blockbuster Punitive Damages Awards**, NBER Working paper no. 15571, December 2009.

ROUHETTE, Thomas, in **The availability of punitive damages in Europe: growing trend or nonexistent concept?**, Defense Counsel Journal, October 2007, Volume 74, n. 4.

ROY, Richard F. Jr., **RUTGERS Law Journal**, Volume 18, 1986-1987, Numero 1.

RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo y CARAZO LIÉBANA, Maria José, in **El derecho a la tutela judicial efectiva**. Análisis jurisprudencial. Tirant lo blanch, Valencia:2013.

RUSTAD, Michael, in **The Incidence, Scope and Purpose of Punitive Damages Unraveling Punitive Damages: Current Data and Further Inquiry**, Wisconsin Law Review, Volume 1998, Number 1.

RUSTAD, Michael, KOENIG, Thomas, in **The Historical Continuity of Punitive Damages Award: Reforming the Tort Reformers**. The American University Law Review, [Vol. 42:1269. Disponible en <http://aulawreview.com/pdfs/42/42-4/rustad.pdf>.

The RAND **Journal of Economics**, Vol. 22, No. 4 (Winter, 1991), pp. 562-570.

SALES, James B. e Jr, Kenneth B. COLE, in **Punitive Damages, A Relic that has Outlived it's Origin**, 37 Vand. L. Rev. 1117 1984.

SAN CRISTÓBAL REALES, Susana , in **La protección jurisdiccional de los consumidores y usuarios en la ley de enjuiciamiento civil tras las modificaciones introducidas por la ley 39/2002**, Anuario Jurídico y Económico Escurialense, X X X V I I I (2005) 41-92 / I S S N: 11 3 3 - 3 6 7 7, disponible en [http://www.rcumariacristina.com/wp-content/uploads/2010/12/02-Susana-San-Cristo\\_1.pdf](http://www.rcumariacristina.com/wp-content/uploads/2010/12/02-Susana-San-Cristo_1.pdf), acceso en 28/02/2017.

Sánchez , Sarah Milkes in **De la función preventiva de la responsabilidad civil y la distribución del riesgo en la sociedad moderna**, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, disponible en <http://red.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2016/10/DE-LA-FUNCION-PREVENTIVA-DE-LA-RESPONSABILIDAD-CIVIL-Y-LA-DISTRIBUCION-DEL-RIESGO-EN-LA-SOCIEDAD-MODERNA.pdf>, acceso en 16.02.2017.

SCHOVANEC, Sandy, in **Manufacture's Products Liability: Punitive Damage Awards in Strict Liability Cases in Oklahoma**, Oklahoma Law Review, Volume 37, 1984, Número 1. SEBOK, Anthony J., in Punitive Damages in the United States, em KOZIOL, Helmut e WILCOX , Vanessa (eds), Punitive Damages: Common Law and Civil Perspectives, Tort and Insurance Law, vol. 25, SpringerWeinNewYork.

SHARKEY, Catherine M., in **Punitive Damages as Societal Damage**, The Yale Law Journal, Volume 113, 2003-2004, Number 2, November 2003.

Sharkey, Catherine M., "**Economic Analysis of Punitive Damages: Theory, Empirics, and Doctrine**" (2012). New York University Law and Economics Working Papers. Paper 289.

Siriviriyakul, Saisiri:**The imposition of Punitive Damages**; a Comparative Analysis. Tesis de Doctorado. Disponible en [https://www.ideals.illinois.edu/bitstream/handle/2142/32075/Siriviriyakul\\_Saisiri.pdf?sequence=1](https://www.ideals.illinois.edu/bitstream/handle/2142/32075/Siriviriyakul_Saisiri.pdf?sequence=1).

Shavell, Steven, in **The Social versus the Private Incentive to Bring Suit in a Costly Legal System**, Disponible en [http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/11\\_J\\_legal\\_stud\\_333.pdf](http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/11_J_legal_stud_333.pdf), acceso en 14 de enero de 2017.

SHAVELL, Steven in When is **Compliance with the Law Socially Desirable?**, Journal of Legal Studies, vol. 41 (January 2012)], disponible en <http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/2012-Shavell-JLS-Compliance%20with%20Law.pdf>.

SHAVELL, Steven, in **The Fundamental Divergence Between the Private and the Social Motive to Use the Legal System**, Discussion Paper n. 206, 11-96, disponible en [http://www.law.harvard.edu/programs/olin\\_center/papers/pdf/Shavell\\_206.pdf](http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Shavell_206.pdf)

SHAVELL, Steven, in **The level of litigation: Private versus social optimality of suit and of settlement**. Disponible en [http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/19\\_Inter\\_Rev\\_Law\\_Econ\\_99.pdf](http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/19_Inter_Rev_Law_Econ_99.pdf).

Shavell, Steven, in **On the proper magnitude of punitive damages**: Mathias v. Accor Economy Lodging, Inc., Harvard Law Review, vol. 120, no. 5(Mar., 2007).

Shavell, Steven, Polinsky, Mitchell A., in **Should Liability be Based on the Harm to the Victim or the Gain to the Injurer?**, Journal of Law, Economics, & Organization, Vol. 10, No. 2 (Oct., 1994), pp. 427-437, Oxford University Press, disponible en <http://www.jstor.org/stable/764975>.

Sheinman, Hanoach, in **Tort Law and Distributive Justice**, Disponible en [http://law.biu.ac.il/files/law/shared/tort\\_law\\_and\\_distributive\\_justice.pdf](http://law.biu.ac.il/files/law/shared/tort_law_and_distributive_justice.pdf), acceso en 16.02.2017.

SHELTON, Dinah, in Sources of Article 47 Rights, **The EU Charter of Fundamental Rights**. A commentary Edited by Peers, Steve; Hervey, Tamara; Kenner, Jeff and Ward, Angela. Hart Publishing Oregon:2014.

SIMONS, Kenneth W., in **The crime /tort distinction: legal doctrines and normative perspectives**, Widener Law Journal, vol. 17, pp. 719-724.

**The Law Commission, Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages**, no, 247.

**Torts Law Annual Survey of South Carolina**. South Carolina Law Review, Volume 42, 1990-1991, Numero 1.

TUDOR, Ionuț, in **TORT LAW FROM THE PERSPECTIVE OF CORRECTIVE AND DISTRIBUTIVE JUSTICE**, Journal of Public Administration, Finance and Law, disponible en [http://www.jopafl.com/uploads/issue7/TORT\\_LAW\\_FROM\\_THE\\_PERSPECTIVE\\_OF\\_CORRECTIVE\\_AND\\_DISTRIBUTIVE\\_JUSTICE.pdf](http://www.jopafl.com/uploads/issue7/TORT_LAW_FROM_THE_PERSPECTIVE_OF_CORRECTIVE_AND_DISTRIBUTIVE_JUSTICE.pdf), acceso en 16.02.2017.

VALDÉS, Roberto L. Blanco, in **La Constitución de 1978**, Alianza Madrid, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo, in **Enriquecimento sem Causa**, disponível em [http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/1652/ENRIQUECIMENTO\\_SEM\\_CAUSA](http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/1652/ENRIQUECIMENTO_SEM_CAUSA), visitado 05 de fevereiro de 2016.

VIDMAR, Neil, WOLFE, Matthew W, in **Punitive Damages**, Ann. Rev. Law Soc. Sci. 2009. 5 %:179-99.

VILAR e col., in **Tutela de los consumidores y usuarios en la ley de enjuiciamiento civil**, Coord. Silvia BARona Vilar, 2a ed., Tirant lo blanch: Valencia, 2003.

VISCUSI, Kip W., **Discussion Paper No. 304, 11/2000**, Harvard Law School, Disponible en [http://www.law.harvard.edu/programs/olin\\_center/papers/pdf/304.pdf](http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/304.pdf)

VOLPATO, Igor Bedone, en Revista Gestãe Controle, **Noção Atual da Culpa dentro da Responsabilidade Civil Extracontratual**, p. 58, disponible en <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:NCQQgaCd2aUJ:ojs.tce.ro.gov.br/ojs/index.php/TCE-RO/article/download/22/24+&cd=15&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>, acceso en 28/06/2016.

WERTHEIMER, Ellen, in **Punitive Damages and Strict Products Liability: An Essay in Oxymoron**, Villanova Law Review, Volume 39, 1994

YÁGUEZ, Ricardo del Ángel, in **Daños Punitivos, Civitas**. Thomson Reuters, Pamplona:2012.

Yeazell, Stephen C., in **Punitive Damages, Descriptive Statistics and the Economy of Civil Litigation Honoring David Shapiro**, Notre Dame Law Review, 79 (2003-2004), pp. 2025-2044.



YZQUIERDO TOSLADA, Mariano, in **Responsabilidad Civil Extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias**. Dykinson, Madrid: 2015.

ZIPURSKY, Benjamin C., in **A Theory of Punitive Damages**, disponible en <http://ssrn.com/abstract=705281>, acceso el 07/11/2015.